UNIVERSITÉ D'ORLÉANS

LABORATOIRE CRJ Pothier

Ecole doctorale Sciences
de l'homme et de la société

THÈSE présentée par :

Yoan SANCHEZ

soutenue le : 05/12/2017

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université d'Orléans**

Discipline/ Spécialité : Droit Public

Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative

Étude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review*

THÈSE dirigée par :

Catherine HAGUENAU-MOIZARD	Professeur, Université de Strasbourg
François PRIET	Professeur, Université d'Orléans

RAPPORTEURS :

Peggy DUCOULOMBIER	Professeur, Université de Strasbourg
John BELL	Professeur, Université de Cambridge

JURY:

John BELL	Professeur, Université de Cambridge
Florent BLANCO	Professeur, Université d'Orléans
Peggy DUCOULOMBIER	Professeur, Université de Strasbourg
Yves GOUNIN	Conseiller d'État
Catherine HAGUENAU-MOIZARD	Professeur, Université de Strasbourg
François PRIET	Professeur, Université d'Orléans

Remerciements

Je tiens en tout premier lieu à vivement remercier le professeur Catherine Haguenau-Moizard, sans qui ce travail n'aurait jamais vu le jour. En me donnant le goût de la recherche et du droit comparé dès mon master, et par sa supervision constante pendant ces six années, elle m'a permis d'aboutir dans mes recherches. Mes remerciements vont aussi au professeur François Priet, dont les remarques, découlant de ses relectures attentives m'ont permis de perfectionner au mieux mon travail. Il m'est impossible de ne pas remercier non plus Fouad Eddazi pour son aide et ses conseils, et qui a fortement contribuer à faire de moi le juriste que je suis aujourd'hui, lui qui aura été successivement un enseignant, un collègue et aujourd'hui un ami.

Ma reconnaissance va également aux professeurs qui ont su m'apporter leur éclairage sur le droit anglais. À ce titre, je tiens à chaleureusement remercier Sophie Boyron, Paul Craig et Allison Young pour avoir pris le temps de répondre à mes différentes questions. J'adresse également un vif remerciement à John Bell qui a également su enrichir ma pensée, par ses écrits et lors de notre échange.

Même si leur apport strictement professionnel est moindre, il est également nécessaire de remercier tous ceux qui m'ont entouré durant ces années. Ils ont tout autant contribué à ce travail, bien que d'une manière différente. J'adresse un immense remerciement à mes parents qui m'ont énormément donné, de mon éducation à mon envie de faire des études, en passant par les diverses et précieuses aides qu'ils m'apportent encore aujourd'hui. Merci également à mon frère, David, qui a toujours été un modèle pour moi, depuis mon enfance. Il est aussi responsable de la longueur de mes études. En ayant été le premier thésard de la famille, il a ouvert une voie dans laquelle je me suis engouffré, même si nos chemins n'auront pas été similaires. J'en profite également pour remercier ma belle-sœur Guylaine pour supporter les blagues et les fous rires que je peux avoir avec lui, et dont nous sommes les seuls à comprendre la teneur.

Enfin, *last but not least*, j'exprime mes sincères remerciements à mes trois frères de cœur, ceux qui sont là depuis des années, malgré tout et dont la présence est toujours un bienfait, même si elle empêche bien souvent le travail d'avancer. Merci donc à Fabien, Julien et Mathieu, qui ont contribué également à la bonne réalisation de cette thèse. Qu'ils en soient grandement et chaleureusement remerciés. J'adresse aussi ma gratitude à Clara, qui a bien voulu devenir le soutien d'un doctorant en droit, et dont l'aide a été très également précieuse en cette fin de doctorat. Tu as été et tu restes un soutien indéfectible.

Sommaire

Introduction

Partie I. Le rôle des juges dans le développements des outils de contrôle de l'activité administrative

Titre I. Le rôle actif des juges dans le développement des outils de contrôle de l'activité administrative

Chapitre I. Le rôle prépondérant des juges dans la détermination du champ des recours : une démarche casuistique

Chapitre II. La confection d'un droit spécifique au contrôle de l'administration : le droit administratif

Titre II. Le rôle légitime des juges : le respect du principe de légalité comme fonction légitimante

Chapitre I. La recherche d'un fondement au rôle des juges dans le respect de la volonté du Parlement

Chapitre II. Des recours conçus pour assurer le respect de la volonté du Parlement

Partie II. Le rôle des juges dans l'extension d'un contrôle basé sur la mise en balance des éléments

Titre I. Le rôle des juges dans l'extension de la soumission de l'administration à un principe de légalité entendue l*ato sensu*

Chapitre I. L'enrichissement normatif de l'ordre juridique : la remise en cause de la centralité de la loi

Chapitre II. L'approfondissement et l'extension du contrôle porté sur l'activité administrative

Titre II. La mise en balance, fondement et méthode du rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative

Chapitre I. le développement du contrôle juridictionnel dans un but de protection des droits : le renouvellement du rôle des juges

Chapitre II. Un renouvellement à tempérer : la mise en balance des éléments comme fondement du rôle des juges

Liste des abréviations

AC	*Appeal Cases*
ACD	*Administrative Court Digest*
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
All ER	*All England Law Reports*
BJDU	Bulletin de Jurisprudence de Droit de l'Urbanisme
DA	Revue de Droit Administratif
Ch	*Chancery Division*
CJEG	Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz
CJICL	*Cambridge Journal of International and Comparative Law*
CJQ	*Civil Justice Quaterly*
CLJ	*Cambridge Law Journal*
CMLR	*Common Market Law Reports*
CPR	*Civil Procedure Rules*
EDCE	Études et Documents du Conseil d'État
EHRLR	*European Human Rights Law Review*
ELR	*Education Law Reports*
Env. LR	*Environmental Law Reports*
EWCA Civ	*England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*
EWHC	*England and Wales High Court*
GACA	Grands Arrêts du Contentieux Administratif
GAJA	Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
GDCC	Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel
ICLQ	*International and Comparative Law Quaterly*
JCP A	La Semaine Juridique. Administrations et Collectivités Territoriales
JCP G	La Semaine Juridique. Édition Générale
JPL	*Journal of Planning and Environment Law*
JSPTL	*Journal of the Society of Public Teachers of Law*
Jur. Rev.	*Juridical Review*
JR	*Judicial Review*
KB	*King's Bench*
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LQR	*Law Quaterly Review*
MLR	*Modern Law Review*
OJLS	*Oxford Journal of Legal Studies*
OUP	*Oxford University Press*
PL	*Public Law*
PPLR	*Public Procurement Law Review*
PUF	Presses Universitaires de France
QB	*Queen's Bench*
RA	Revue Administrative
RDI	Revue de Droit Immobilier
RDP	Revue de Droit Public
Rec.	Recueil Lebon ou Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
RFAP	Revue Française d'Administration Publique
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RFDC	Revue Française de Droit Constitutionnel

RHD	Revue Historique de Droit français et étranger
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RIEJ	Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques
RISA	Revue Internationale des Sciences Administratives
RJEP	Revue Juridique de l'Économie Publique
RRJ	Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif
RSC	Revue de Science Criminelle
RTD. Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD. Eur.	Revue Trimestrielle de Droit européen
UKHL	*United Kingdom House of Lords*
UKSC	*United Kingdom Supreme Court*
WLR	*Weekly Law Reports*

« Quand on rend la justice, on met tout en balance »
Pierre CORNEILLE, Le Cid, 1636

« La fonction juridictionnelle – ou plutôt judiciaire- ne consiste plus à appliquer, à interpréter les lois.
Il faut admettre qu'elle comprend un large pouvoir de dire le droit nouveau »
Jean-Denis BREDIN, Etre juge demain, Presses universitaires de Lille, 1983

Introduction

La comparaison des droits constitue une discipline loin d'être monolithique. Elle présente diverses formes et met en jeu de multiples pans des ordres juridiques étudiés. Bien plus, elle ne peut faire l'économie d'une certaine contextualisation, surtout historique, des éléments comparés. À ce titre, notre sujet ne fait pas exception. L'étude de l'histoire permet de mettre en perspective les termes fondamentaux de la comparaison, tant au sein de leurs ordres respectifs, qu'entre les ordres mis en parallèle (I.). Si déjà l'intérêt d'une étude comparée plus poussée entre le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* apparaît, il sera encore accru par la mise en évidence des principaux traits structurant chacun d'eux et des enjeux auxquels ils font face. En effet, ces recours, moyens particuliers de contrôle juridictionnel de l'administration, sont soumis à certaines tensions qui rendent utile de s'intéresser au rôle que tiennent les juges par leurs biais. (IV.). Néanmoins avant cela, il sera nécessaire de placer le sujet dans un contexte plus large : celui de la comparaison entre la France et l'Angleterre, dans le cadre de la mise en évidence d'un « droit administratif commun » (II.). La comparaison entre ces deux pays revêt en effet un intérêt particulier, à différents égards. Mais, pour que cette recherche soit fructueuse, et comme toute étude qui se veut scientifique, il est nécessaire d'énoncer clairement la méthode retenue. Le droit comparé apparaît, à ce titre, encore plus demandeur que d'autres disciplines, d'une méthode permettant d'assurer la légitimité des conclusions formulées (III.).

I. L'existence de voies de recours originales dans le contrôle de l'activité administrative en France et en Angleterre

L'étude comparée des systèmes juridiques ne peut faire l'impasse sur les considérations historiques. À ce titre, le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative ne peut échapper à une étude de ses origines. L'impact de l'histoire dans ce domaine particulier est fort et a une valeur explicative que l'on ne peut nier. En effet, « le droit anglais ne peut être compris, dans son opposition au droit français, si l'on ne prend pas en considération la manière différente dont les deux systèmes juridiques se sont formés et développés au cours des siècles »[1]. Dans une optique similaire, Bernard Stirn relève que « si le Conseil d'État est en apparence la moins britannique des institutions françaises, il est sans doute, en réalité, dans les profondeurs, la plus britannique d'entre elles »[2]. Au soutien de son propos, il revient sur les origines particulières du Conseil d'État, mais aussi du recours pour excès de pouvoir.

Il est dès lors important de dresser un tableau de l'histoire du contrôle de l'administration qui sera utile à la compréhension des systèmes actuels de contrôle juridictionnel de l'administration en France et en Angleterre[3]. En effet, fruits d'une longue histoire (A.), le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* conservent encore aujourd'hui des traits caractéristiques provenant de leurs origines (B.). Ces développements seront aussi l'occasion de présenter quelques-uns des éléments de structure des ordres juridiques comparés, afin de placer les recours dans leur contexte institutionnel. Ils permettront également de satisfaire l'une des conditions nécessaires à la comparaison, relevée par Léontin-Jean Constantinesco, pour qui certaines comparaisons s'imposent par l'évidence, car « le parallélisme est certain et la comparaison justifiée lorsque *les éléments communs reliant les termes à comparer* ne font pas de doute. C'est le cas lorsque deux ordres

1. DAVID (R.), *Le droit anglais*, 10e éd, 2003, PUF, Paris, 128 pages, p. 5.
2. STIRN (B.), « Le Conseil d'État, so British ? », pp. 815-823, p. 815 in *Tom Bingham and the transformation of the law, A liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, OUP, Oxford, 2009.
Dans le même sens, Guy Braibant pouvait affirmer, à propos du Conseil d'État : « je serais tenté de dire que cette institution si française est à certains égards typiquement britannique » (BRAIBANT (G.), « Perspectives », *DA*, num. spé., n°3, 2000, pp. 198-206, p. 198).
3. Il ne sera pas question ici de retracer dans le détail l'histoire de la France et de l'Angleterre.
Pour cela, voir pour l'Angleterre : CHASSAIGNE (P.), *Histoire de l'Angleterre des origines à nos jours*, Éd. Flammarion, Paris, 2008, 608 pages ; pour une étude plus juridique : FRISON (D.), *Histoire Constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Éd. Ellipses, Paris, 2005, 201 pages.
Pour la France, voir notamment : ROSANVALLON (P.), *L'État en France, de 1789 à nos jours*, Éd. du Seuil, Paris, 1990, 361 pages ; SAINT-BONNET (F.) et SASSIER (Y.), *Histoire des institutions avant 1789*, 5ème éd., Montchrestien, Paris, 2011, 496 pages.
Une étude comparative des deux systèmes concernant le contrôle des actes administratifs a été opérée par le professeur Mestre et présente un grand intérêt dans le rapprochement entre le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* : MESTRE (J.-L.), « Juridictions judiciaires et annulation des actes administratifs dans la France d'Ancien régime et en Angleterre », *Annuaire d'histoire administrative européenne*, n°. 8, 1996, pp. 37-53.

juridiques connaissent une institution juridique ayant la même structure et fonction »[4]. Le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* s'inscrivent parfaitement dans ce rapport.

A. Des recours à l'histoire ancienne

La recherche historique des racines des recours a plusieurs intérêts. D'une part, elle permet de relativiser certaines idées reçues voulant que les juges n'effectuent telle ou telle tâche que depuis récemment. En cela, l'histoire a vocation à dépassionner et à replacer certaines problématiques sur un temps plus long. D'autre part, elle permet d'éclairer le présent, en apportant des éléments d'explication à certaines situations contemporaines. Ces deux versants se retrouvent dans la présente étude. En effet, le recours pour excès de pouvoir est classiquement présenté comme une œuvre du XIXe siècle, construit lentement par la jurisprudence d'un Conseil d'État alors encore proche du pouvoir. Mais, avant cela, plusieurs de ses éléments attribués à ce recours constitutif avaient déjà émergé, donnant des précédents et un contexte à l'œuvre du juge administratif du XIXe siècle (1.)[5]. En Angleterre, la place de l'histoire est mieux assumée, de par la continuité historique qu'a connue l'Angleterre, mais aussi grâce à la *common law*, droit créé au fil des siècles. Le regard en arrière n'est pas uniquement permis, il est encouragé et nécessaire. À ce titre, la *judicial review* ne fait pas exception (2.).

1. Les prémisses du recours pour excès de pouvoir avant 1789

L'histoire du recours pour excès de pouvoir est largement dépendante de celle de la juridiction administrative.

La mise en place de juges particuliers pour l'administration commence au XIIIe siècle, lorsque, de la *curia regis*, vont se détacher plusieurs organes chargés de missions particulières. À cette époque émerge déjà une distinction, encore imparfaite, entre affaires de la Couronne et affaires

4. CONSTANTINESCO (L.-J), *Traité de droit comparé,* t. II., LGDJ, Paris, 1972, 412 pages, p. 68
5. Il ne s'agit pas ici de trouver la désormais fameuse « date de naissance » du recours pour excès de pouvoir, tant cette recherche paraît vaine et inutile. Comme l'affirme d'ailleurs le professeur Fabrice Melleray, « on pourrait quasiment affirmer que chaque auteur qui s'est penché sur la question a proposé sa propre solution, sa propre datation. Or, est-il vraiment indispensable de savoir si le recours pour excès de pouvoir est né de l'arrêt *Egret-Thomassin* en 1818 ou avec l'arrêt *Landrin* en 1826 ou avant même la Restauration ? » (MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, Paris, 2001, 466 pages, p. 25). Plutôt, il s'agit de mettre en évidence qu'il résulte d'une construction progressive et lente, qu'il est avant tout le fruit de l'histoire.

privées, les premières relevant alors de la Chambre des comptes[6].

Au XVIIe siècle, la mise en place de la monarchie administrative va venir bouleverser l'édifice en place. Dépassant sa fonction classique de justice, le Roi étend le champ de ses actions, notamment dans le domaine administratif. C'est le temps de la mise en place, et du développement de l'intendant, agent royal envoyé pour administrer, et trancher le contentieux pouvant résulter de cette activité[7]. L'intendant apparaît comme un véritable administrateur-juge[8].

Il en découle un nouveau phénomène : le développement quantitatif des affaires relevant directement de la justice retenue du Roi. En effet, les décisions prises par les intendants pour trancher un litige relèvent de la compétence du Conseil du Roi en appel[9]. Une hiérarchie d'autorités administratives compétentes se crée alors, tant pour l'administration du Royaume, que pour juger le contentieux administratif[10]. Émerge ainsi selon Rodolphe Dareste « s'il est permis de parler ainsi, la première phase de la justice administrative en France »[11].

6. Sur la Chambre des Comptes, voir : DARESTE (R.), « Études sur les origines du contentieux administratif en France », 3e article, in *Revue Historique de droit Français et étranger*, t. II, 1856, pp. 97-134, notamment pp. 97-107. Voir aussi cet article pour d'autres juridictions créées pour juger le contentieux de l'administration comme les cours des monnaies, la chambre du Trésor et Bureaux des finances, juridiction des Amirautés, des Eaux et Forêts, cour des Aides. Du même auteur voir en général sur la question de l'émergence de cours spéciales en France : *La Justice Administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, éd. La Mémoire du Droit, Paris, 2012, ré-impression de l'édition de 1862, 688 pages, pp. 7-57.
MESTRE (J.-L), *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985, 294 pages. L'auteur affirme que « la Chambre des comptes se présente ainsi comme une juridiction « propre au roi », par opposition au Parlement » (p. 182).
7. Voir : DARESTE (R.), *La Justice Administrative en France, op. cit*., pp. 104-158 ; WEIDENFELD (K.), *Histoire du droit administratif, du XIVe siècle à nos jours,* Economica, Paris, 2010, 345 pages, p. 18 et s.
Voir aussi SUEUR (P.), *Histoire du droit public français XVe – XVIIIe siècle*, 4e éd., 2008, PUF, Paris, 2 tomes, t. I, pp. 307-322 (concernant les commissaires) et pp. 347-372 (pour un développement particulier sur les intendants) ; SAINT-BONNET (F.) et SASSIER (Y.), *Histoire des institutions avant 1789*, 4e éd., *op. cit.*, pp. 377-384.
8. BURDEAU (F.), *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, PUF, Paris, 1995, 494 pages, pp. 34-35 ; CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, Paris, 1970, 317 pages, pp. 56-58 ; SUEUR (P.), *Histoire du droit public français XVe – XVIIIe siècle*, 4e éd., t. I, 2008, ré-édition de 1989, PUF, Paris, pp. 353-361.
Pour une étude précise des compétences de l'intendant, voir GLINEUR (C.), *Genèse d'un droit administratif sous le règne de Louis XV. Les pratiques de l'intendant dans les provinces du Nord (1726-1754)*, Presses Universitaires d'Orléans, 2005, 450 pages.
9. Ce ne sont pas les seules compétences du Conseil du Roi qui cumulait les rôles de l'actuelle Cour de Cassation, et Tribunal des conflits. Voir : DARESTE (R.), « Études sur les origines du contentieux administratif en France », *op. cit.*, article n°2, p. 247 ; *La Justice Administrative en France*, *op. cit.*, pp. 58-103 ; LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* 2e édition, t.I, pp. 165-168 ; CHEVALLIER (J.), *ibid*., p. 45 ; MESTRE (J.-L), *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985, 294 pages, p. 183 ; WEIDENFELD (K.), *Histoire du droit administratif, du XIVe siècle à nos jours*, *op. cit.*, p.14, pp. 21-22.
10. Cet accroissement constant et progressif des pouvoirs du Conseil du Roi n'est pas sans soulever des critiques : MESTRE (J.-L), « Le traitement du contentieux administratif au XVIIIe siècle », *RA* 1999, numéro spécial n°3, pp. 83-97, notamment pp. 93-95.
Voir également : SAUVEL (T.), « La « justice retenue » de 1806 à 1872 », *RDP* 1970, pp. 237-285, notamment pp. 245-246 ; MONNIER (F.) « L'Ancien Régime », in *Le Conseil d'État, de l'An VIII à nos jours. Livre jubilaire du deuxième centenaire*, pp. 11-19, voir p. 19, sous la dir. de Jean Massot, Ed. Adam Biro, Paris, 1999, 191 pages.
11. DARESTE (R.), *La Justice Administrative en France*, *op. cit.*, p. 58.
D'ailleurs, la procédure suivie par les intendants pour juger les affaires relevant de leurs compétences n'est pas sans présenter des similitudes importantes avec la procédure aujourd'hui suivie par la juridiction administrative : GLINEUR (C.), *Genèse d'un droit administratif sous le règne de Louis XV. Les pratiques de l'intendant dans les provinces du Nord (1726-1754), op. cit.*, p. 155.

Plusieurs auteurs ont affirmé que les cas d'ouverture qui composent notre recours pour excès de pouvoir trouvaient leurs origines dans la pratique des Parlements et du Conseil du Roi sous l'Ancien Régime. Le Conseil d'État se serait inspiré de cette pratique pour former le recours pour excès de pouvoir.

En premier lieu, deux études concernant le contrôle exercé par le Parlement peuvent être citées[12]. Le professeur Mestre soutient que le Parlement d'Aix était compétent pour contrôler les délibérations des conseils de communautés relevant de sa compétence. Ainsi, « assimilées à un jugement, les délibérations des conseils communaux sont sujettes à appel. […] Ce recours ne constitue […] pas un appel au sens ordinaire du terme. La Cour ne réforme pas la décision prise, elle la casse : c'est un recours en annulation »[13]. Ce recours était alors assimilable à un véritable recours en cassation et se limitait donc à la simple annulation de l'acte[14]. Ce n'est pas le seul point commun avec le recours pour excès de pouvoir contemporain. Notamment, les cas d'ouverture permettant l'annulation de la délibération sont très semblables à ceux de notre recours actuel. Le Parlement d'Aix pouvait ainsi annuler une délibération pour incompétence, vice de forme, détournement de pouvoir, illégalité ou encore inexistence des motifs[15]. En revanche, il ne pouvait opérer un contrôle d'opportunité de la délibération[16]. Dans une veine similaire, Gilles Lebreton relève que les cas d'ouverture qui constituent le recours pour excès de pouvoir étaient présents dans les remontrances faites par les Parlements au pouvoir royal lors de l'enregistrement des actes royaux. Bien qu'elles puissent porter sur des éléments d'opportunité, les moyens invoqués « constituent les ancêtres indiscutables [des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir] lorsque les Cours souveraines situent leur contrôle sur le terrain de la légalité »[17].

En second lieu, le contrôle qu'exerçait le Conseil du Roi n'est pas sans analogie avec celui du juge administratif par la voie recours pour excès de pouvoir aujourd'hui. Ainsi que l'explique Pierre Lampué, au XVIIe siècle, le Conseil du Roi développe un contrôle proche du recours en

12. MESTRE (J.-L.), *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, thèse, LGDJ, Paris, 1976, 597 pages, notamment pp. 61-107 ; *Introduction historique au droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 140-145 ; « Aux origines du contentieux administratif », *RFDA* mars-avril 1996, pp. 289-300, voir p. 293.
13. *ibid.*, p. 61 ; sur les effets du recours, voir pp. 98-106.
14. Voir MESTRE (J.-L.), *Introduction historique au droit administratif français*, *op. cit*, p. 141 ; voir sa thèse (*ibid.,*) pp. 62-64.
Voir sur la distinction entre appel comme d'abus et recours en cassation : LEBRETON (G.), « L'émergence des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir d'après les remontrances des Parlements au XVIIIe siècle », *RDP* 1986, pp. 1599-1632, voir pp. 1601-1606.
15. MESTRE (J.-L.), *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, *op. cit*., pp. 73-95 ; *Introduction historique au droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 141-144.
16. Bien que la distinction entre légalité et opportunité ne fût alors pas clairement opérée et que, pour des raisons politiques, les parlementaires osaient parfois entrer dans le champ de ce dernier, « leur contrôle n'en reste pas moins un contrôle de la légalité des délibérations » : MESTRE (J.-L.), *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, *op. cit.*, p. 95.
17. LEBRETON (G.), *ibid*, p. 1607.

annulation moderne lorsqu'il est saisi d'un recours contre une lettre patente émanant de son « propre mouvement »[18]. Ainsi, « le Conseil du roi intervient […] comme contrôleur suprême de toute l'administration publique et le recours pour excès de pouvoir est certainement en germe dans ses attributions »[19].

Néanmoins, si certaines analogies sont possibles, le recours pour excès de pouvoir ne naît pas à cette époque. Mais indéniablement, il « a bénéficié de traditions et de précédents »[20]. Les similitudes relevées entre les contrôles des Parlements et du Conseil du Roi et le contrôle moderne des juges sont frappantes. Elles dénotent que la mission consistant à juger l'administration, bien qu'ayant changé de titulaires, a conservé une continuité méthodologique indéniable.

2. L'émergence des *prerogative writs* avant 1688

Pour comprendre la *judicial review* et son utilisation moderne, il est nécessaire de décrire préalablement l'histoire des éléments particuliers qui la composent : les *prerogative writs*[21]. Aujourd'hui, la *judicial review* permet au juge de délivrer principalement cinq décisions (*remedies*) différentes : l'ordre d'annulation (*quashing order*), l'ordre d'obligation de faire (*mandatory order*), l'ordre d'interdiction (*prohibition order*), l'injonction (*injunction*) et la déclaration (*declaration*). Jusqu'en 1977, une distinction était opérée entre ceux « de droit public » et ceux dits « de droit privé », bien que tous pussent être octroyés contre l'administration[22]. La première catégorie comprenait les *certiorari*, *mandamus* et *prohibition*, noms latins des futurs ordres d'annulation,

18. Pierre Lampué affirme en effet qu'au XVIIe siècle une distinction s'opère entre la lettre patente délivrée sur demande et la lettre patente prise par le Roi, de lui-même. Les premières étaient des « actes de « juridictions gracieuses » » alors que les secondes étaient « des décisions administratives proprement dites ou même des lois ». Or, seules les dernières faisaient l'objet d'un recours unique devant le Conseil du Roi dès 1673 alors que les premières pouvaient être contestées soit devant le Parlement soit devant le Conseil. Pour Pierre Lampué, c'est dans ce second cas qu'un recours en annulation similaire au recours moderne s'est développé (LAMPUE (P.), « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *RISA* 1954, n°2, pp. 359-392, voir pp. 360-362).
19. *ibid*, p. 362. De même, voir dans une optique similaire DARESTE (R.), *La Justice Administrative en France*, *op. cit.*, pp. 78-79. L'auteur soutient que le Conseil du Roi « jugeait les recours contentieux formés devant lui contre les actes de l'autorité royale, ou les demandes en interprétations de ces mêmes actes. C'est là encore une des fonctions du Conseil d'État actuel » (p. 78).
20. LAMPUÉ (P.), « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *op. cit.*, p. 359 ; LEBRETON (G.), « L'émergence des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir d'après les remontrances des Parlements au XVIIIe siècle », *op. cit.*, p. 1600.
21. DREWRY (G.), « Judicial Review : the Historical Background », pp. 7-21, p. 11 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, Lexis Nexis Butterworths, Londres, 2005.
22. La distinction ici opérée n'a pas d'impact sur la recevabilité de la demande, et semble avoir été faite en doctrine pour mettre en évidence la différence historique et de nature entre les décisions appartenant à chacune des catégories. EVANS (J.-M.), *De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4e éd., Stevens & Sons, Londres, 1980, 626, pp. 23-26 ; CARROLL (A.), *Constitutional and Administrative Law*, 8e éd., Pearson, Londres, 2015, 700 pages, p. 374 ; LOVELAND (I.), *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights. A Critical Introduction*, 7e éd., OUP, Oxford, 2015, 796 pages, pp. 511-514.

d'obligation de faire et d'interdiction[23]. Ce sont eux qui constituent les *prerogative writs*[24]. Ils vont, les premiers, servir de moyen de contrôle de l'administration. La catégorie des *remedies* « de droit privé » joue un rôle dans le contrôle de l'administration à partir de la fin du XIXe et au début du XXe siècle[25]. Nous nous intéresserons ici surtout aux premiers, l'histoire de la *judicial review* étant, en effet, « liée aux subtilités des *prerogative writs* »[26]. Elle l'est tout autant de la Cour du Banc du Roi qui deviendra le juge de droit commun de l'administration grâce à ces *writs*.

Avant de commencer cet historique, il convient d'opérer un travail de définition et d'explication : qu'est-ce qu'un *writ* ? Blackstone le définit ainsi : c'est un « un mandat par lettre émanant du roi, sur parchemin, scellé de son grand sceau et adressé au *sheriff* du comté où l'acte contraire au droit est commis ou supposé l'avoir été, enjoignant au *sheriff* d'ordonner au coupable ou à l'accusé, soit de faire droit au plaignant, soit, à défaut, de comparaître en Cour de justice pour répondre de l'accusation »[27]. Par la suite, le système de *writs* se systématise et chaque action en justice doit être précédée d'un *writ* royal, délivré par le Chancelier. Ainsi, dès le XIIIe siècle, « une décision ne pouvait être délivrée par les cours royales que si un *writ* approprié existait »[28]. La compétence des cours royales n'était alors que d'attribution et dépendait donc de ces *writs*[29]. À l'origine, *certiorari*, *mandamus* et *prohibition* ne sont pas des *writs* différents des autres : ils servent au Roi comme moyen de contrôle[30].

---

23. Le changement a été provoqué par la réforme du 1er mai 2004, l'amendement SI 1033/2004, article 3 au *Senior Courts Act* 1981 (précédemment, le *Senior Court Act* s'appelait le S*upreme Court Act* 1981, mais il a été renommé par le *Constitutional Reform Act* 2005, Sch. 11 (1), para. 1).

24. Nous ne pensons pas qu'il soit véritablement possible de traduire cette expression par une autre. En effet la traduction des termes « *prerogative writs*» serait « ordres délivrés en vertu du pouvoir de la prérogative royale ». Nous préférons nous en tenir à l'expression anglaise plus courte. Nous expliquerons l'origine de cette dénomination qui permettra au lecteur d'en comprendre le sens. Le terme de « *prerogative writs* » comprend d'autres *writs* et notamment l'*habeas corpus*. Cependant, il n'est pas présent dans la procédure moderne de *judicial review* : voir JENKS (E.), « The prerogative writs in English law », *Yale Law Journal* 1923, pp. 523-534, pp. 524-527.

25. ZAMIR (I.), « The Declaratory judgment v. the prerogative orders », *Public Law*, 1958, pp. 341-357 ; WOOLF (H.K.), JOWELL (J.),LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial review*, 6e ed., Sweet and Maxwell, Londres, 2007, 1098 pages, pp. 800-811 ; WOOLF (H.) et WOOLF (J.), *The Declaratory Judgment*, Sweet & Maxwell, Londres, 2011, 341 pages, pp. 9-36.

26. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 2016, 974 pages, p. 4.

27. *Commentaries*, III, chap. 18, p. 273, cité par Henri Levy-Ullmann (*Le système juridique de l'Angleterre*, Ed. Panthéon-Assas, ré-édition de 1999, 574 pages, pp. 137-138, traduit par l'auteur).

28. WOOLF (H.K.), JOWELL (J.),LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial review*, 6e ed., *op. cit.*, p. 781.
Sur le système des *writs* en général voir ce même ouvrage, pp. 780-781 ; voir aussi MILSOM (S.F.C), *Historical Foundations of the Common Law*, 2e ed., OUP, Oxford, 1981, 475 pages, dès p. 33 ; VAN CAENEGEM (R.C), *The Birth of the English Common Law*, 2e ed., Cambridge University Press, 1988, 160 pages, pp. 29-61 ; BAKER (J.H.), *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford University Press, Oxford, 2011, réimpression de l'édition de 2002 parue chez Butterworths, 600 pages, 52-69.

29. JENKS (E.), « The prerogative writs in English law », *op. cit.*, pp. 523-534, notamment p. 523 ; MILSOM (S.F.C.), *Historical Foundations of the Common Law*, 2e éd., *op. cit.*, p. 33 ; WOOLF (H.K.), JOWELL (J.),LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial review*, 6e ed., *op. cit.*, pp. 780-781. Les individus y trouvent leur intérêt, car la justice est plus rapide, moins coûteuse et plus efficace. Notamment, le nom respect par une partie d'un *writ* délivré par le Roi est assimilable à un outrage au roi lui-même.

30. SCHWARTZ (B.), *French Administrative Law and the Common-Law World*, OUP, Londres, 1954, 367 pages, pp. 113-114 ; HOLDSWORTH (W.), *A History of English Law*, *op. cit.*, vol II., p. 192-193.

Le *certiorari* est apparu au XIIIe siècle comme un moyen pour les cours royales de connaître d'une affaire d'une juridiction locale. Il permettait au Roi, par le biais de sa Cour, de contrôler les juridictions locales. Le but était de vérifier que la juridiction saisie était bien la juridiction compétente et de casser la décision en cas contraire. Le *certiorari* s'analysait en un pouvoir d'évocation du dossier au profit du Roi[31]. Moyen efficace de centralisation judiciaire et de soumission des juridictions locales, ce *writ* sera de plus en plus facilement accordé au cours des siècles[32].

La *prohibition* est un *writ* ancien qui a émergé lors de la lutte entre juridictions ecclésiastiques et juridictions royales au XIIIe siècle. Elle avait pour but d'interdire aux premières de connaître des affaires que devaient traiter les secondes. Plus généralement, la *prohibition* était utilisée par les cours pour protéger leurs compétences vis-à-vis des cours concurrentes. Dans ce cas, elle est délivrée au nom du Roi, en vertu de son pouvoir d'arbitre, et dans le but de protéger ses pouvoirs et ses intérêts[33].

Le *mandamus*, quant à lui, a une origine beaucoup plus récente que les deux *writs* précédents. Son histoire remonte en effet au dernier quart du XVIe siècle. Il se présentait comme un ordre adressé par le Roi, par l'intermédiaire de la Cour du Banc du Roi, à un agent ou une cour inférieure, lui enjoignant de remplir son office[34].

Au développement de ces *writs* s'ajoute l'émergence de la Cour du Banc du Roi. Au Moyen-âge, comme en France, le roi conserve le pouvoir de justice et l'exerce de façon restreinte au sein de sa *curia regis*. Cet organe, qui suit alors le Roi dans tous ses déplacements, ressemble au Conseil du Roi français et concentre tous les pouvoirs. Progressivement, des séparations vont être opérées en son sein[35]. Du fait de l'augmentation des affaires qu'elle a à traiter, des sections de la cour se

31. Cela se retrouve dans une affaire Canadienne dont l'opinion d'un des juges met en évidence, selon le Professeur De Smith, l'esprit du *certiorari* : « La théorie veut que le Souverain ait été appelé par l'un de ses sujets qui se plaint d'une injustice qu'il a subi du fait d'un tribunal inférieur ; après quoi le Souverain, affirmant qu'il souhaite certifier – *certiorari* – la cause, ordonne que le dossier (record), etc., soit transmis dans une cour dans laquelle il siège » (*R. v. Titchmarsh* (1915) 22 D.L.R. 272, pp. 277-278), cité dans son article « The Prerogative Writs : Historical Origins », pp. 584-595, p. 588 in EVANS (J.M), *De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4e éd., Stevens & Sons Limited, Londres, 1980, 626 pages.

32. Sur l'histoire du *certiorari* voir : GOODNOW (F.), « The writ of certiorari », *Political Science Quaterly*, vol. 6, n°3, Septembre 1891, pp. 493-536 ; JAFFE (L. L.) et HENDERSON (E. G.), « Judicial Review and the Rule of Law : Historical Origins », *LQR* 1956, pp. 345-364, pp. 350-359 ; HENDERSON (E.), *Foundations of English Administrative Law, Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century*, Harvard University Press, Cambridge, 1963, 204 pages, pp. 83-116 ; RUBINSTEIN (A.), « On the origins of judicial review », *University of British Columbia law review*, vol 2., 1964, pp. 1-20, p. 4.

33. JENKS (E.), « The prerogative writs in English law », *Yale Law Journal* 1923, pp. 523-534, p. 528 ; HENDERSON (E.), *ibid.*, pp. 120-127.

34. STEPHEN (H.J.), *New Commentaries of the Laws of England*, Butterworth, Londres, 1844, vol III, p. 681 ; JAFFE (L. L.) et HENDERSON (E. G.), « Judicial Review and the Rule of Law : Historical Origins » , *op. cit.*, p. 359-361.

35. Voir notamment : LEFEVRE-PONTALIS (A.), « Du pouvoir judiciaire en Angleterre », deux articles, in *Revue historique de droit français et étranger* 1836, notamment le premier, ppp. 237-251, dès p. 238 ; CARTER (A.T),

sédentarisent à Westminster[36]. La dernière à subir ce mouvement est la Cour du Banc du Roi, dite *coram rege* car elle suivait le Roi dans ses déplacements[37]. Elle se sédentarise à son tour au début du XIVe siècle. Le Roi n'y siège alors qu'en théorie, mais non en fait. La Cour du Banc du Roi exerce alors la justice du Roi et contrôle à ce titre les autres cours, en recevant les contestations contre leurs décisions[38]. À la fin du XIVe et au début du XVe siècle, les institutions anglaises sont peu ou prou fixées[39].

Certaines caractéristiques particulières resteront attachées à cette cour. En terme de compétence, tout d'abord[40]. Elle est la seule cour pénale et elle est juge des personnages importants du royaume. Elle est aussi une cour supérieure et peut, à ce titre, connaître des appels contre les décisions de la Cour des Plaids Communs, autre démembrement du Conseil du Roi, notamment par voie de *certiorari*[41]. D'une manière générale, la Cour du Banc du Roi a une compétence de supervision, exercée par le biais des *prerogative writs*, sur les cours inférieures[42]. Encore aujourd'hui d'ailleurs, la *judicial review*, héritière des *prerogative writs*, permet aux juges des cours dites supérieures de connaître des décisions des cours inférieures, notamment en matière pénale[43]. Cette Cour reste en théorie la Cour du Roi, bien qu'il n'y siège plus. Elle jouit ainsi de son pouvoir et de son prestige[44].

History of the English Courts, Butterworth & Co., Londres, 1944, 183 pages, chapitre II ; TIXIER (G.), *Le contrôle judiciaire de l'administration anglaise. Contentieux de la légalité*, *op. cit.*, voir pp. 24-25 ; FRISON (D.), *Histoire Constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Éd. Ellipses, Paris, 2005, 201 pages, pp. 30-34.

36. BAKER (J.H.), *An Introduction to English Legal History,*, *op. cit.*, pp. 17-18.

37. HOLDSWORTH (W.), *A History of English Law*, *op. cit.*, vol. I, voir pp. 51-54 ; FRISON (D.), *Histoire Constitutionnelle de la Grande-Bretagne, op. cit.*, p. 32. Il est intéressant de noter que sur ces trois cours, une existe encore, sous cette dénomination, au sein de la Haute Cour de Justice, première juridiction de la hiérarchie judiciaire anglaise, signe de cette continuité extraordinaire des institutions anglaises. Il s'agit de la Cour du Banc du Roi (appelée aujourd'hui Division du Banc de la Reine).

38. Elle détient aussi une compétence importante en matière criminelle : voir p. 205 du volume I de l'œuvre de Holdsworth ; LEFEVRE-PONTALIS (A.), « Du pouvoir judiciaire en Angleterre », *op. cit.*, p. 239.

39. On trouve, tout d'abord, un Conseil du Roi qui se spécialise dans le gouvernement ; un Parlement émergeant au XIIIe siècle et qui exerce une fonction législative, mais aussi judiciaire et enfin, des cours se partageant la fonction judiciaire sous la supervision de la Cour du Banc du Roi : HOLDSWORTH (W.) *ibid*., vol. I, p. 211.
Voir FRISON (D.), *ibid*, pp. 68-69**.**

40. Pour une étude globale de la compétence de la Cour du Banc du Roi à cette époque, voir : HOLDSWORTH (W.), *ibid*, vol. I, pp. 212-231.

41. LEVY-ULLMANN (H.), *Le système juridique de l'Angleterre*, Ed. Panthéon-Assas, ré-édition de 1999, 574 pages, pp. 99-100 ; BAKER (J.H.), *An Introduction to English Legal History,*, *op. cit.,* p. 39.

42. BAKER (J.H), *ibid.*, pp. 49-50. Pour autant, la Cour du Banc du Roi ne sera jamais la plus haute Cour du Royaume. Ce titre revient au Parlement, fréquemment appelé « Haute Cour du Parlement ». Il connaît des erreurs de la Cour du Banc du Roi. Cette fonction sera remplie par la Chambre des Lords, jusqu'en octobre 2009, date de l'entrée en vigueur du *Constitutional Reform Act* 2005, qui substitue à la Chambre des Lords une Cour Suprême.

43. En 2014, l'*Administrative Court* a été saisie de 268 demandes de *judicial review* en matière criminelle, soit environ 6,5% des demandes totales de *judicial review* pour cette période (*Civil Justice Statistics Quarterly, England and Wales (incorporating Privacy Injunction Statistics July to December 2014)*, publié le 5 mars 2015 par le ministre de la Justice, voir pp. 16-17.

44. LEVY-ULLMANN (H.), *ibid.*, p. 102 ; HOLDSWORTH (W.), *ibid.*, vol. I, p. 208-209.

B. Des recours marqués par les périodes révolutionnaires

Admettre les origines anciennes des deux recours ne doit pas conduire à nier que certaines périodes ont été plus marquantes, ou plus propices à leurs développements. À ce titre, les épisodes révolutionnaires qu'ont pu connaître la France et l'Angleterre, ont conduit à de profonds bouleversements. Ils ont imprimé une marque indélébile sur le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* (1.), notamment en donnant une assise nécessaire et suffisante pour qu'ils se développent comme des outils privilégiés de contrôle de l'administration (2.).

1. Les fondements révolutionnaires des recours

Les périodes révolutionnaires françaises et anglaises se distinguent sous bien des aspects. Déjà, concernant leur temporalité, l'Angleterre a connu la sienne au XVIIe siècle, soit un siècle avec la France. De plus, les effets n'auront pas été les mêmes. Dans les deux cas, les régimes politiques ont subi de profonds changements, mais l'Angleterre, grâce au maintien de la monarchie, a pu jouir d'une certaine continuité constitutionnelle qui autorise bien plus facilement d'en étudier l'histoire ancienne. À l'inverse, la Révolution en France a constitué une rupture idéologique, constitutionnelle et administrative. Cela explique que ces périodes aient eu un effet important mais différent sur le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review.* Pour le premier, la Révolution apparaît comme un point de départ, comme une période jetant les bases du recours tel que nous le connaissons aujourd'hui (a.). En Angleterre, la période révolutionnaire, puisqu'elle n'est pas une rupture, peut être vu comme un catalyseur pour les prérogative *writs*. Ces derniers se sont vus confier une mission nouvelle ayant permis leur développement et leur affirmation (b.).

a. Les bases du recours pour excès de pouvoir et l'émergence d'une juridiction administrative

Inspirée par l'expérience de l'Ancien Régime, l'histoire du recours pour excès de pouvoir est liée, après la Révolution, à la loi des 7-14 octobre 1790[45]. Elle prévoit, notamment en son article 3, que « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont, dans aucun cas, du ressort des tribunaux ; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale »[46]. Laconique,

45. Voir : *Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790*, *RFDA n°5* septembre-octobre 1990, pp. 687-861.
46. Réglant un conflit de compétences entre un directoire de département et une municipalité, la Constituante pose une règle fondamentale pour l'avenir du recours pour excès de pouvoir dans une simple « loi de circonstance », selon

Édouard Laferrière fait de cette loi « la modeste origine du recours pour excès de pouvoir »[47]. Il revient donc dès 1790 au Roi, puis dès 1791 au Roi en son conseil[48], dénommé Conseil d'État, de trancher les litiges relatifs à la répartition des compétences au sein de l'administration[49]. La Révolution de 1789 va donc faire preuve, à l'égard des solutions de l'Ancien Régime concernant le contentieux administratif, d'un certain « conformisme »[50].

La mise en place d'une juridiction particulière constitue un tournant majeur, inconnue en Angleterre[51]. L'Assemblée Constituante va devoir décider du sort du contentieux administratif. Après plusieurs mois de tergiversation, les constituants vont l'attribuer à l'administration active, s'en remettant encore à un système d'administrateur-juge[52]. Ainsi, la loi des 16-24 août 1790 vient poser en son article 13[53] le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, interdisant aux juges de faire acte d'administrateur[54]. L'attribution des litiges au profit de l'administration active sera généralisée par la loi des 7-11 septembre 1790 et sera calquée sur le modèle hiérarchique[55]. Le Roi est remplacé par le Conseil d'État à partir de 1791[56]. Dès lors, « à l'instar des intendants, les élus locaux cumulent ainsi des fonctions d'administration active et de

---

l'expression de Pierre Lampue (« Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *op. cit.*, p. 362).
Sur les faits ayant mené à cette affaire : LAMPUÉ (P.), *ibid.*, pp. 362-364 ; MESTRE (J.-L.), « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *EDCE* 1991, pp. 281-298.

47. LAFERRIERE (E.), « Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1876, pp. 303-327, p. 306.
Dans le même sens, voir : VEDEL (G.), « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? » in *Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790*, *RFDA* 1990, pp. 698-711 notamment pp. 701-702.

48. Du fait de la loi des 27 avril-25 mai 1791.

49. Le pouvoir octroyé au Conseil d'État n'est pas resté lettre morte, et son contrôle s'exercera de façon similaire à ce que permet le recours pour excès de pouvoir : SEGALA (S.), « Le Conseil d'État de 1791 et l'annulation d'actes administratifs pour illégalité et inconstitutionnalité », *RRJ* 1993, pp. 551-564.

50. CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, *op. cit.*, p. 65.

51. Voir sur cette période : SANDEVOIR (P.), *Études sur le recours de pleine juridiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative,* thèse, LGDJ, Paris, 1964, 459 pages ; FORTSAKIS (T.), *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, thèse, LGDJ, Paris, 1987, 542 pages, notamment pp. 179-225 ; BOUVET (M.), *Le Conseil d'État sous la Monarchie de Juillet*, thèse, LGDJ, Paris, 2001, 696 pages ; WEIDENFELD (K.), *Histoire du droit administratif, du XIVe siècle à nos jours*, *op. cit.*, pp. 35-157.
Voir également : *Le Conseil d'État, de l'An VIII à nos jours. Livre jubilaire du deuxième centenaire*, sous la dir. de Jean Massot, Ed. Adam Biro, Paris, 1999, 191 pages ; *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, sous la dir. de B. Pacteau, PUF, Paris, 2003, 264 pages

52. Et ce, malgré plusieurs projets visant à confier le contentieux de l'administration au juge judiciaire, ou à un tribunal spécial s'y greffant : DARESTE (R.), *La Justice Administrative en France*, *op. cit*., pp. 159-171 ; WEIDENFELD (K.), *Histoire du droit administratif, du XIVe siècle à nos jours*, *op. cit.*, p. 38.

53. « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront (...) troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction ».

54. Ce principe avait déjà été posé par la loi des 22 Décembre-Janvier 1790, à l'article 7 de la section III. Voir : SANDEVOIR (P.), *ibid.*, pp. 54-55 ; MESTRE (J.-L.), « Aux origines du contentieux administratif », *RFDA* 1996, pp. 289-304, notamment p. 291.

55. CHEVALLIER (J.), *ibid.*, pp. 68-71 ; WEIDENFELD (K.), *ibid.*, p. 40 ; BURDEAU (F.), *ibid.*, pp. 42-43.

56. Il sera supprimé le 10 août 1792.

juridiction »[57]. La Constitution du 5 fructidor an III reprendra cette organisation hiérarchique et fera des ministres les autorités compétentes en appel, avec nécessité de validation par le Directoire[58]. La Révolution réussit en cela une « restauration intelligente »[59].

Le Conseil d'État actuel sera créé en l'An VIII. Ce sont aussi les premiers pas vers une distinction nécessaire entre la justice et l'administration[60]. La Constitution du 22 frimaire an VIII, par son article 52, crée le Conseil d'État et lui attribue les anciennes compétences des ministres du Directoire concernant le contentieux administratif[61]. Il participe à l'administration par son rôle consultatif et par la rédaction des projets de loi et de règlement d'administration publique. Il a aussi un rôle contentieux important. Cependant, il n'a qu'un pouvoir de justice retenue. Il appartient en effet à l'Empereur de signer les projets de décisions pour leur donner force exécutoire[62]. Une des étapes les plus importantes dans la distinction entre administration active et compétence juridictionnelle va être mise en œuvre par les décrets du 11 juin 1806 et du 22 juillet 1806[63]. Son rôle est originellement faible. Toutefois, sa création traduit la volonté de Napoléon de mettre en place un « corps demi-administratif, demi-judiciaire »[64]. Cette commission, ancêtre de l'actuelle Section du Contentieux, est la première étape dans la césure entre justice administrative et administration active[65]. À partir de ce moment, l'histoire du Conseil d'État est intimement liée à celle de la commission du contentieux et le mène vers une juridictionnalisation inéluctable[66]. Ce mouvement trouve son paroxysme avec la loi du 24 mai 1872, et notamment son article 9, qui

57. BURDEAU (F.), *ibid.*, p. 49. Notamment le contentieux des contributions indirectes, des travaux publics et ouvrages publics.
Voir article de LE YONCOURT (T.), « Les attributions contentieuses des corps administratifs sous la Révolution », pp. 31-71, in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, sous la dir. de G. Bigot et M. Bouvet, Litec, Paris, 2004.
58. Articles 193, 195 et 196 de la Constitution de l'an III. Voir LAMPUE (P.), « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *op. cit.*, pp. 365-366.
59. DARESTE (R.), « Études sur les origines du contentieux administratif en France », *op. cit.*, article n°4, p. 117.
60. Voir en général sur cette question la thèse de Jacques Chevallier (*ibid.*).
61. Le Conseil d'État est « chargé de rédiger les projets de lois et de règlements d'administration publique et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ».
62. À la différence des Conseils de préfecture, créés par la loi du 28 pluviôse an VIII et qui reçoivent un pouvoir de justice déléguée.
63. Sur la procédure d'adoption de ces actes et les débats qui ont eu lieu, voir : LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e éd., *op. cit*., t. I, p. 215 ; SAUVEL (T.), « La « justice retenue » de 1806 à 1872 », *RDP* 1970, pp. 237-285, notamment pp. 261-265.
Les recours contentieux sont désormais traités par une commission du contentieux, composée de maîtres des requêtes et d'auditeurs.
64. Voir : CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., *op. cit*., p. 45 ; WEIDENFELD (K.), *Histoire du droit administratif, du XIVe siècle à nos jours*, *op. cit.,* p. 50.
65. Voir en général la thèse de Jacques Chevallier : *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, op. cit.*.
66. Sur ce mouvement de juridictionnalisation voir : LAFERRIERE (E.), « Origine et développement du recours pour excès de pouvoir », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1876, pp. 303-327, notamment pp. 310-311 et dès p. 316 ; *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit*. t.I., p. 241 et s. ; AUCOC (L.), *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des ponts et chaussées*, 2e ed., t.I., Dunod, Paris, 1878, pp. 401-408 ; CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, op. cit.*, p. 89 et s. ; BOUVET (M.), *Le Conseil d'État sous la Monarchie de Juillet*, *op. cit*.

octroie au Conseil d'État la justice déléguée, et met fin à la « fiction constitutionnelle » de la justice retenue au profit du chef de l'État[67]. Un siècle plus tard, c'est cette loi de 1872 que le Conseil Constitutionnel va prendre comme fondement pour consacrer l'indépendance de la juridiction administrative[68].

Aujourd'hui encore, le Conseil d'État cumule des fonctions juridictionnelle et administrative, marques indélébiles de son histoire : celles d'un corps juridictionnel né du détachement de la fonction juridictionnelle de l'administration active. L'histoire française, sur ce point, est d'une formidable continuité.

b. Le développement des *prerogative writs* et de la compétence de la Cour du Banc du Roi sur l'administration locale

L'importance que prennent les trois *writs* est liée à la dénomination qu'ils vont recevoir au début du XVIIe siècle. Pourquoi regrouper ces trois ordres sous la dénomination de « *prerogative writs* »[69] ? Il faut, dans un premier temps, comprendre le contexte dans lequel cette expression a émergé. Elle n'est pas apparue avec ces trois ordres. Elle leur est postérieure ce qui est « peut-être la plus grande étrangeté de leur histoire »[70]. L'expression semble devoir être attribuée au Lord Chef de Justice Montagu, dans une affaire jugée par la Cour du Banc du Roi, en 1620. Le Lord va qualifier l'*Habeas Corpus* de *prerogative writ*[71]. Cette affaire a été rendue dans un contexte particulier, celui de la lutte entre pouvoir judiciaire et pouvoir royal[72]. Les juges qui soutiennent le Roi vont tout faire pour rehausser son pouvoir, et Montagu participe à ce mouvement. En qualifiant l'*Habeas Corpus* de *prerogative writ*, il veut signifier que c'est un *writ* qui existe dans l'intérêt du Roi et qu'il est octroyé par le Roi à ses sujets[73]. L'expression de « *prerogative writ* » renvoie à l'idée de décisions délivrées au nom et dans l'intérêt de la prérogative, c'est-à-dire du pouvoir royal.

Étant liés à la protection des droits du Roi, les *certiorari*, *mandamus* et *prohibition* seront

67. AUCOC (L.), *ibid.,* p. 413.
Voir aussi : CHEVALLIER (J.), *ibid.*, pp. 199-206.
68. CC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, n°80-119 DC, rec. 46, GDCC 18e éd., n°7, cons. 6.
69. Aucun juriste n'a pu véritablement définir de manière satisfaisante les *prerogative writs* : voir JENKS (E.), « The prerogative writs in English law », *op. cit.*, p. 533 ; DE SMITH (A.), « The Prerogative Writs : Historical Origins », *op. cit.*, p. 595.
70. WOOLF (H.K.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial review*, 6e ed., *op. cit.*, p. 783.
71. *Richard Bourn's Case* (1620) Cro.Jac.543.
72. Le juge Coke, qui a été remplacé dans son poste de Lord Chef de Justice par Montagu en 1616, affirmait que le Roi n'a plus de pouvoir de justice retenue. Le juge Coke déniait toute possibilité pour le Roi d'intervenir directement dans une affaire, comme dans l'espèce.
73. À cette époque, l'*Habeas Corpus* n'était pas encore la procédure qui sera élevée au rang de « pierre angulaire » de la protection des libertés en Angleterre puisqu'il servait notamment de privilège de juridiction pour certains agents (JENKS (E.), « The prerogative writs in English Law », *op. cit.*, p. 525).

classés dans cette catégorie[74]. Dès lors que ce lien entre Roi et *prerogative writs* est établi, la Cour du Banc du Roi obtient un pouvoir quasi monopolistique dans leur délivrance[75]. Elle opère ainsi un contrôle au nom du Roi, afin de protéger ses intérêts[76].

Toutefois, ces *writs* apparaissent de moins en moins comme des instruments de gouvernement, et de plus en plus comme des moyens de c*ommon law* pour contrôler le « gouvernement local »[77]. En effet, le contrôle de l'administration locale passe au XVIIe siècle par le contrôle sur les juges de paix. Dès le XIVe siècle, ces derniers sont envoyés dans les localités pour contrôler les cours locales et agents locaux suspectés de partialité et de corruption[78]. Ils reçoivent une commission spéciale : s'occuper de la police, c'est-à-dire trancher les litiges criminels. Pour Coke, ces juges sont « une forme de gouvernement subordonné pour la tranquillité et le calme du royaume, qu'aucune autre partie du monde Chrétien ne détient »[79]. Au XVIe siècle, ils reçoivent des fonctions administratives importantes[80]. William Holdsworth n'hésite pas à comparer le juge de paix anglais avec l'intendant français. Les deux sont des agents envoyés par le Roi pour contrôler les autorités locales et ont ainsi vocation à centraliser le pouvoir[81].

Mais, à la suite de la Révolution qui eut lieu dans les années 1640, le pouvoir monarchique est rabaissé. Le Parlement gagne une place centrale dans l'édifice institutionnel anglais : la suprématie du Parlement est affirmée. Cette place est encore renforcée après la Révolution

74. Voir notamment *R. v. Cowle* (1759) 2 Burr. 834 (notamment Mansfield p. 855-856). C'est la première affaire dans laquelle les quatre *writs* sont qualifiés ensemble de *prerogative* writs, et aussi la première qui qualifie le *certiorari* de *prerogative writ*. Ainsi, la dénomination « *prerogative writs* » naît au début du XVIIe pour l'*habeas corpus*, elle ne s'étend véritablement aux autres *writs* qu'au XVIIIe siècle sous l'impulsion de Lord Mansfield et de Blackstone.
Voir : WOOLF (H.K.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial review*, 6e ed., *op. cit.*, pp. 783-784.
75. WOOLF (H.K.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *idem*. Auparavant, d'autres cours de *common law* ou d'*equity* pouvaient les délivrer.
76. D'ailleurs, au XVIIe siècle, une distinction apparaît entre les *prerogative writs* demandés par la Couronne et ceux demandés par un individu, la Couronne bénéficiant, par rapport à ces derniers, de facilités procédurales. Notamment, dans certains, cas, le *writ* ne pouvait pas lui être refusé par la Cour. Voir l'article du Professeur De Smith, « The Prerogative Writs : Historical Origins » (*op. cit.*, pp. 586-587), pour qui cette différence procédurale provient de l'idée selon laquelle « ces *writs* sont dans un certain sens les propres *writs* du Roi » (p. 587).
77. HENDERSON (E.), *Foundations of English Administrative Law, Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century*, *op. cit.*, p. 117 et s.
78. Leurs fonctions sont héritées de l'envoi de chevaliers par le Roi auprès du shérif au XIIe siècle, voir HOLDSWORTH (W.), *A History of English Law*, *op. cit.*, vol. I., pp. 285-298.
Voir aussi : CARTER (A.T), *History of the English Courts*, *op. cit*., chapitre XVIII ; GLASSON (E.), *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, comparés au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours*, *op. cit.*, dès p. 347.
79. Cité par William Holdsworth (*ibid.*, vol. I, p. 286). Voir ce volume entier sur le développement du système judiciaire anglais.
80. Sur les compétences de ces juges de paix, voir HOLDSWORTH (W.), *ibid.*, vol IV., pp. 138-145 ; HENDERSON (E.), *Foundations of English Administrative Law, Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century*, *op. cit.*, pp. 9-46. Notamment, ils fixent les salaires, veillent à l'entretien des routes et à la bonne exécution des lois relatives aux pauvres.
81. HOLDSWORTH (W.), *ibid.*, vol. I., p. 286.
Voir aussi : CHASSAIGNE (P.), *Histoire de l'Angleterre des origines à nos jours*, Éd. Flammarion, Paris, 2008, 608 pages, p. 101.

Glorieuse de 1688. À ce moment, les juges des cours royales, alliés au Parlement, vont étendre leurs pouvoirs sur les fonctions exercées par les juges de paix. Leur but est de veiller à ce qu'ils respectent la loi et la *common law.* La Cour du Banc du Roi va alors acquérir un rôle de supervision du gouvernement local en lieu et place du Roi. Le contrôle administratif qui était effectué par les organes proches du Roi est remplacé par un contrôle totalement judiciaire, devant les cours de *common law*[82]. En exerçant un contrôle sur les juges de paix, la Cour du Banc du Roi contrôle des juges, mais aussi, et surtout, des administrateurs. Cette fonction, exercée notamment par la voie des *prerogative writs*, va faire de ces décisions judiciaires les éléments centraux du contrôle de l'administration par les juges[83]. Elles vont permettre à la Cour du Banc du Roi de déterminer les domaines respectifs de compétences des autorités locales[84] et de veiller à ce que celles-ci n'utilisent pas leur pouvoir de manière arbitraire[85]. Pour plusieurs auteurs, l'histoire de la Cour du Banc du Roi et des *prerogative writs* explique en grande partie l'absence d'une juridiction administrative en Angleterre[86].

L'édifice judiciaire anglais n'est pas resté en l'état et a connu une réforme d'importance à la fin du XIXe siècle. Dans le but de simplifier les procédures, dont la complexité est notamment due à la césure entre l'*equity* et la *common law*, les *Judicature Acts* de 1873 et 1875 viennent refondre le système judiciaire. Les cours de *common law* et d'*equity* sont fusionnées au sein d'une Haute Cour de Justice, dont les décisions peuvent être soumises à appel devant une Cour d'Appel unique. En haut de cet édifice se trouve la Chambre des Lords, remplacée par une Cour Suprême lors de l'entrée en vigueur du *Constitutional Reform Act* 2005 en octobre 2009. Pour autant, la Cour du Banc du Roi ne disparaît pas, mais devient une division au sein de cette Haute Cour. Encore aujourd'hui, la Haute Cour de Justice se compose, entre autres, de la Division du Banc de la Reine (*Queen's Bench Division*)[87]. Depuis 2000, il existe une section, au sein de la Division du Banc de la

82. Ce contrôle administratif était alors par le Conseil et la Cour de la Chambre Étoilée : HOLDSWORTH (W.), *ibid.*, vol X., p. 156 ; BAKER (J.H.), *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., *op. cit.*, p. 143 ; LE MESTRE (R.), « Une justice politique sous un ciel étoilé : La Court of Star Chamber, juridiction gouvernementale d'exception, en Angleterre, sous le règne des Tudors et des Stuarts », *RRJ* 2016, pp. 55-81.
83. À cette époque, le *certiorari* s'affirme comme le writ permettant le contrôle des juges de paix face à des procédures anciennes, comme l'action en responsabilité du juge ou le writ d'erreur. Voir sur ce point : RUBINSTEIN (A.), « On the origins of judicial review », *op. cit.*, pp. 4-6 ; JENNINGS (I.), *Principles of Local Government Law*, 4e éd., University of London Press, Londres, 1960, 316 pages, pp. 258-259.
84. *R. v. Corden* (1769) 4 Burr. p. 2281 (pour le *certiorari*) ; *The King v. Moutague and Others* (1729) Sessions Cases 106 (pour le *mandamus*). Pour une comparaison du *mandamus* et de la prohibition comme moyens de détermination des compétences, voir HENDERSON (E.), *ibid.*, pp. 117-143.
85. *R. v. Barker* (1762) 3 Burr. p. 1265 (pour le *mandamus*) ; *The King v. The Inhabitants of Seton* (1797) 7 Term Rep. p. 373 (pour le *certiorari*). Voir HENDERSON (E.), *ibid.*, p. 117 et s. ; HOLDSWORTH (W.), *ibid.*, vol. I p. 297-298 ; vol IV., p. 163-165 et p. 188 et vol. X., pp. 243-249.
86. DE SMITH (S.), « The Prerogative Writs : Historical Origins », *op. cit.,* p. 590 ; LEVY-ULLMANN (H.), *Le système juridique de l'Angleterre*, *op. cit*., p. 105 ; BULLIER (A.J.), *La Common Law*, 4e éd., *op. cit*., pp. 91-92
87. Précisons que le nom de la Division du Banc de la Reine, comme pour la Cour du Banc du Roi, change selon que se

Reine, qui est compétente pour connaître de la *judicial review* : il s'agit de l'*Administrative Court*[88]. Malgré sa dénomination, il ne faut pas en conclure, comme le font certains auteurs, qu' « il est depuis lors possible de dire que le Royaume-Uni dispose d'une juridiction administrative »[89]. En effet, cette réforme ne fait que reprendre et conforter le statut des juges inscrits sur la *Crown Office List* de la Haute Cour, qui étaient spécialisés dans les questions de droit public. Mais surtout, l'*Administrative Court* fait partie de la Division du Banc de la Reine, il n'y a donc pas création d'une nouvelle juridiction. Cette réforme de 2000 a aussi modernisé la dénomination des trois *writs*, en leur conférant leur appellation actuelle.

L'Angleterre, à la différence de la France, jouit d'une continuité institutionnelle remarquable. Née au XIVe siècle, la Cour du Banc du Roi a su s'imposer comme l'organe central de contrôle de l'administration. Équivalant anglais du Conseil d'État[90], cette Cour a su utiliser les *prerogative writs* pour étendre sa compétence et renforcer son contrôle. Son renforcement a rendu inutile toute juridiction spécialisée dans le contrôle de l'administration.

2. La consécration des recours dans le contrôle de l'activité administrative

Les périodes révolutionnaires ont eu l'effet d'un catalyseur sur le recours pour de pouvoir et la *judicial review.* Chacun d'eux va alors être construit dans une même optique : contrôler l'activité administrative. À ce titre, le recours français va s'affirmer beaucoup plus vite, puisque le XIXe siècle va véritablement être celui du développement et de la consécration, tant par les juges que le législateur (a.). À l'inverse, le XIXe siècle marque le début d'une période de troubles et d'incertitudes pour les *prerogative writs*, causée par les multiples réformes administratives alors engagées. Près de péricliter, ils seront rationalisés par les textes, grâce à la naissance de la procédure unique de *judicial review* (b.).

trouve sur le trône une Reine ou un Roi.
88. *Pratice Direction* [2000] 1 WLR 1654. Nous conservons le nom anglais d' *Administrative Court* pour ne pas créer de confusion avec les Cours administratives d'appel françaises.
89. ZILLER (J.), « L'administration », pp. 735-765, voir p. 758, in *Traité international de droit comparé*, t. III., sous la dir. de M. Troper et D. Chagnollaud, Dalloz, coll. Thémis, 2012, 825 pages.
90. DARESTE (R.), *La Justice Administrative en France*, *op. cit.*, pp. 685-686.

a. Le développement jurisprudentiel et la consécration textuelle du recours pour excès de pouvoir

Plusieurs éléments vont progressivement venir rendre originale cette voie de droit au XIXe siècle. Bien que, selon une partie de la doctrine, la différenciation avec le recours contentieux ordinaire soit malaisée avant 1864[91], le recours pour excès de pouvoir possède certaines caractéristiques propres dès les premiers pas du Premier Empire. À ce titre, une certaine individualisation de ce recours est déjà possible dans les premières décennies du XIXe siècle, bien avant la phase libérale du Second Empire.

Tout d'abord, il apparaît comme étant un recours *omisso medio*. Ainsi, à la différence du recours contentieux ordinaire, il est porté directement devant le Conseil d'État. Ainsi, lorsque la pratique du ministre-juge s'est développée, dès la fin du Premier Empire, le recours pour excès de pouvoir y a échappé[92]. Ensuite, le recours pour excès de pouvoir s'est développé à la fin de la Restauration comme un moyen de contrôle de certains actes particuliers : les actes de pure administration[93]. Cette dénomination permettait de regrouper les actes exprimant le plus haut degré de pouvoir discrétionnaire de l'administration. Ceux-ci étaient porteurs d'un intérêt public tellement important qu'ils ne pouvaient être considérés comme violant des droits, condition classique d'ouverture du recours contentieux ; ils ne pouvaient léser que des intérêts. Enfin, le recours pour excès de pouvoir va recevoir un fondement législatif particulier : la loi des 7-14 octobre 1790. Après avoir été « redécouverte » par Macarel[94], cette loi va être utilisée comme base du recours pour excès de pouvoir par le Conseil d'État au terme « d'une justification *a posteriori* » de l'existence de ce recours[95]. Le décret du 2 novembre 1864 est également fondamental, en ce qu'il

91. Voir sur ce point : LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, LGDJ, Paris, 1962, 196 pages, pp. 9-16 ; BURDEAU (F.), *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970) op. cit.*, p. 182 ; MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français. op. cit.,* p. 26-27 ; BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 2010, 693 pages, pp. 56-57.

92. Sur le développement du ministre-juge et sa remise en cause voir : CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, op. cit.*, pp. 131-158 ; BURDEAU (F.), *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, *op. cit.*, p. 163 ; BIGOT (G.), « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », pp. 229-255 in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, sous la dir. de G. Bigot et M. Bouvet, Litec, Paris, 2004, 347 pages ; BLANCO (F.), *ibid,* p. 74.

93. CHEVALLIER (J.), *ibid.*, pp. 165-170.

94. Le terme est de Jacques Chevallier (*ibid.*, p. 176).

Voir : SANDEVOIR (P.), *Études sur le recours de pleine juridiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative, op. cit.*, pp. 271-273.

95. *idem*.

Elle apparaît dans les années 1830, et plus particulièrement dans les arrêts *Veuve Bouillet* et *Préfet de la Seine*. (Respectivement : CE, 24 mars 1832, rec. 91 (à propos d'un relevé de déchéance) et CE, 15 juillet 1832, rec. 382 (à propos des décisions des jurys de révision de la Garde Nationale)).

Voir : AUCOC (L.), « Le Conseil d'État et les recours pour excès de pouvoirs », *Revue des deux mondes*, t. 29, 1878, pp. 5-31, p. 21 ; LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, op. cit*., 2e éd., t. II, p. 403 ; LAMPUE (P.), « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *op. cit.* p. 372.

dispense de frais de procédure et de ministère d'avocats les recours contre les actes administratifs qui se fondent sur la loi des 7-14 octobre 1790. Grâce à cela, le recours pour excès de pouvoir va pouvoir être plus facilement utilisé. Il va ainsi agir comme « soupape de sûreté » au profit du gouvernement, en évitant que la frustration des individus lésés ne se reporte sur lui[96].

D'une manière générale, « le recours s'est ainsi peu à peu imposé, sous le Second Empire, comme un instrument de bonne administration placé entre les mains de l'Empereur »[97]. Les caractéristiques modernes du recours pour excès de pouvoir apparaissent ainsi de façon certaine sous l'Empire : c'est un recours permettant au juge un contrôle poussé de l'acte, mais qui se limite de plus en plus à son annulation[98]. La reconnaissance explicite par la loi du recours pour excès de pouvoir sera opérée par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872[99]. Cet article lui confie donc « une base légale incontestable » et se substitue à la protection que recevait le Conseil d'État grâce à la justice retenue[100].

Aujourd'hui, le recours pour excès de pouvoir a une base constitutionnelle qui l'ancre profondément dans la vie institutionnelle française. La décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, sans parler explicitement du recours pour excès de pouvoir, range dans la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le principe selon lequel, « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence des juridictions administratives l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »[101]. Le recours pour excès de pouvoir apparaît bien en filigrane ici, au titre du recours en annulation[102].

96. Selon la célèbre formule d'Aucoc : AUCOC (L.), *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des Ponts et Chaussées*, 3e éd., t.I., Dunod, Paris, 1886, 838 pages, p. 526.
97. BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité, op. cit.*, p. 63. L'auteur affirmant aussi que « l'autolimitation des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir s'est en outre progressivement établie sous la période impériale » (p. 134).
98. Voir sur ce dernier point la thèse précitée de Florent Blanco.
99. « le Conseil d'État statue souverainement […] sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ».
100. AUCOC (L.), *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des Ponts et Chaussées,* 2e éd., t.I., *op. cit*., p. 460.
101. CC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux du Conseil de la concurrence*, décision n°86-224 DC, rec. 8.
102. Voir les commentaires dans les *Grandes Décisions du Conseil constitutionnel* (GDCC), 18e éd., Dalloz, Paris, 2016, n°6, pp. 60-85 ; GENEVOIS (B.), « Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires » *RFDA* 1987, pp. 287-299, notamment p. 294.
Voir aussi, même si le propos est moins explicite, les auteurs parlant de la consécration du contentieux de l'annulation : GAUDEMET (Y.), « Les bases constitutionnelles du contentieux administratif », *RDP* 1987, pp. 1341-1352, p. 1343 ; VELLEY (S.), « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP* 1989, pp. 767-783, p. 768.

b. La rénovation législative de la *judicial review* au XXe siècle

Alors que la France connaissait jusqu'à la fin du XIXe siècle un système d'administrateur-juge, l'Angleterre était dans une situation inverse. Ses affaires administratives étaient pourvues par les juges, selon un modèle de juge-administrateur. Jusqu'au XIXe siècle, les juges de paix remplissent des fonctions administratives et judiciaires avec des actes de formes judiciaires[103].

Par la suite, le Parlement est venu opérer de multiples réformes. Par le biais de la loi, il va, soit créer de nouveaux domaines d'action, soit confier les tâches pourvues par les juges de paix aux nouvelles autorités administratives, appelées des commissions, sans distinguer selon la nature de ces activités. Ainsi, les ministres, et les commissions nouvellement créées, se sont vus attribuer des missions tant administratives que judiciaires[104]. Leurs pouvoirs étaient très divers et allaient de la possibilité de poser des règles dans un domaine, à la capacité à résoudre des litiges en passant par un pouvoir de contrôle sur des autorités inférieures[105]. De même, lorsque le pouvoir central déléguait une nouvelle compétence au pouvoir local, il créait une commission qui devait en surveiller l'exécution, voire l'exécuter elle-même. Cette centralisation sectorielle s'opère dans plusieurs domaines différents[106]. Cependant, la remise en cause du rôle des juges de paix comme organe local d'administration par excellence a pris du temps. Ce n'est que par le *Local Governement Act* de 1888 que les comtés remplacent véritablement les juges de paix[107].

Pour une critique des fondements de la décision du Conseil constitutionnel, voir l'article précité de Serge VELLEY. Pour l'auteur, la conception française de la séparation des pouvoirs n'existe pas, et l'existence de la justice administrative n'a pas de rapport avec la séparation des pouvoirs.
Pour une réponse à cet article, voir : VEDEL (G.), « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », in *Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790*, *RFDA* 1990, pp. 698-711, notamment pp. 708-709. L'auteur s'appuie notamment sur les idées développées par Jacques Chevallier dans sa thèse (*L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, op. cit.*) et dans son article « Du principe de séparation au principe de dualité », in *Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790*, *RFDA* 1990, pp. 712-723.
Voir également : MESTRE (J.-L.), « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *EDCE* 1991, pp. 281-298.
103. À cette époque, « une large part du gouvernement, central comme local, était assuré par des cours avec des formes judiciaires » : HOLDSWORTH (W.), *A History of English Law*, *op. cit.*, vol. IV., p. 182 ; GOODNOW (F. J.), *Comparative Administrative Law. An analysis of the administrative systems national and local, of the United States, England, France and Germany*, 1895, vol. I., pp. 234-241.
Voir aussi : HODGSON (D.), « Le domaine du contrôle juridictionnel de l'administration » *EDCE* 1987, pp. 249-263, p. 254 ; WADE (H.W.R.), *Administrative Law*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 630-637 ; PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, thèse, Dalloz, 2013, 1293 pages, pp. 28-31.
104. Sur l'accroissement des organes centraux et de leurs pouvoirs, voir : HOLDSWORTH (W.), *A History of English Law, op. cit.*, Vol. XIV, pp. 90-140 et pp. 183-187.
105. Par exemple, le *Public Health Act* de 1875 vient prévoir que le ministre de la Santé statue sur les recours portés devant lui contre les mesures de police sanitaire des autorités locales. Le *Customs Act* de 1845 confie aux agents chargés des douanes le pouvoir de décider des abattements en cas de destruction ou détérioration des biens.
DICEY (A.V.), « The Development of Administrative Law in England », *LQR*, 1915, numéro 31, pp. 148-153, notamment pp. 149-152 ; CLAUDEL (M.), « Le développement des juridictions administratives en Angleterre », *Revue des Sciences Politiques*, 1928, pp. 522-541 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 35-52.
106.Voir notamment l'exposé de Marcus Lefébure dans sa thèse : *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, LGDJ, Paris, 1960, 200 pages ; DE SMITH (S.A), *Judicial Review of Administrative Action*, *op. cit.*, 3e éd., Appendice I, p. 513.
107. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 46.

Jusqu'au début du XXe siècle, les *prerogative writs*, devenus les *prerogative orders* en 1938[108], forment la voie de droit commun pour que l'action de ces différents organes soit contrôlée par les Cours. Les *remedies* de droit privé, très peu utilisés par le passé contre l'administration, vont progressivement montrer leur efficacité, au détriment *prerogative orders*. Plus souple et plus à même de permettre une étude poussée de l'action publique, l'injonction et la déclaration vont s'imposer. L'intérêt est avant tout procédural, mais il est indéniable : par leurs bais, les juges vont disposer de pouvoirs d'enquête plus larges, mettant en évidence les carences inhérentes aux *prerogative orders*[109]. La nécessité de donner un nouvel élan aux *remedies* de droit public se fait alors de plus en plus prégnante[110].

Ce problème va être pris en charge par la *Law Commission*[111]. Après avoir rendu un premier document de travail très critiqué, en 1971, elle rend un rapport définitif en 1976, dont les propositions sont beaucoup moins ambitieuses[112]. Elle recommande la création d'une procédure unique par laquelle le requérant pourra demander les trois *prerogative orders* mais aussi la déclaration et l'injonction. Les juges se voient attribuer des pouvoirs d'enquête élargis avec notamment la possibilité de demander la communication de documents. Les propositions de la Commission seront mises en œuvre par deux actes. Tout d'abord, est adopté un amendement en 1977 à l'*Order 53*, qui est l'acte exposant les règles procédurales des cours. Puis, une loi de 1981 vient donner une valeur législative à cette réforme[113]. Bien qu'étant une réforme purement procédurale, celle-ci va « jouer un rôle de catalyseur très important pour des innovations judiciaires

108. Par l'effet de la section 7 du *Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act* 1938, remplacée par le *Supreme Court Act* 1981, s. 29.

109. Le tournant va être marqué par l'affaire *Barnard*. Des dockers avaient été suspendus par le directeur du port où ils travaillaient. Ceux-ci contestaient la légalité de la délégation du pouvoir de suspension faite au profit du directeur par la Commission Nationale du Travail des Dockers. Cependant, pour que cet argument puisse être étudié par les juges, il fallait que les documents internes à l'entreprise soient connus. Or, les juges n'avaient aucun pouvoir d'investigation contrairement aux procédures de droit privé. Dans ce contexte, le requérant préfère demander une déclaration plutôt qu'un *certiorari*. La cour autorise cette procédure. La première faiblesse des *prerogative orders* apparaît clairement : les pouvoirs du juge sont trop limités pour une administration qui est de plus en plus encline à dissimuler les pièces d'un dossier (*Barnard v National Dock Labour Board* [1953] 2 QB 18).
Ces insuffisances seront confirmées par l'affaire *Pyx Granite Co Ltd v Ministry of Hounsing and Local Government* ([1960] AC 260). Lord Goddard CJ va clairement affirmer que la procédure de *certiorari* ne doit pas être la seule ouverte contre les personnes publiques, mais que la déclaration doit aussi l'être : « Je ne vois aucun fondement pour affirmer que lorsqu'un acte ou une décision peut être attaqué par certiorari alors la cour ne peut accorder une déclaration lorsque cela est approprié ». (p. 263 de l'affaire).

110. Voir : DISTEL (M.), « La réforme du contrôle de l'administration en Grande Bretagne », *RIDC* 1971, pp. 355-417, pp. 399-416 ; WADE (H.W.R.), « Procedure and Prerogative in Public Law », *LQR* 1985, pp. 180-199, voir pp. 182-186 ; *Administrative Law*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 669-671.

111. La *Law Commission* a été créée par le *Law Commissions Act* de 1965 dans le but de veiller au bon fonctionnement du système juridique anglais par le biais réflexions et de proposition de réformes.

112. *Report on Remedies in Administrative Law* (Law Com. No. 73), 1976, Cmnd. 6407. Pour un exposé des critiques faites au premier rapport voir : WADE (H.W.R.), *Administrative Law*, 6e éd., Clarendon Press, Oxford, 1988, 1028 pages, pp. 669-670 ; LOVELAND (I.), LOVELAND (I.), *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights. A Critical Introduction*, 7e éd., *op. cit.*, pp. 515-518.

113. Le *Rules of the Supreme Court* (Amendement No. 3) 1977, S.I. No. 1955 (L. 30), puis le *Supreme Court Act* de 1981, section 31.

dans le domaine du droit substantiel »[114]. Aujourd'hui, la *judicial review* est inscrite dans le Code de procédure civile[115], né à la suite d'une réforme de 1997 visant à créer un code unique de procédures pour les cours[116].

L'activisme législatif visant à donner une nouvelle impulsion à la *judicial review* dans les années soixante-dix a été accompagné par un activisme judiciaire au moins aussi important. Bien que les réformes procédurales tendant à créer une procédure unique de contrôle de l'administration aient exclu d'en faire une procédure exclusive, les juges anglais ne vont pas respecter cette volonté[117]. Si, à ses débuts, la nouvelle réforme est appliquée dans l'esprit voulu par la *Law Commission*[118], les juges anglais se montrent de moins en moins réticents à considérer cette procédure comme étant exclusive pour juger des litiges relatifs à l'administration[119]. Cette nouvelle tendance va être confirmée par la Chambre des Lords dans l'affaire *O'Reilly v. Mackman*[120]. Sous l'impulsion de Lord Diplock, elle va reconnaître le caractère exclusif de la *judicial review* pour connaître des affaires concernant l'activité administrative, donnant lieu à de nombreux débats sur le critère à retenir pour en définir le champ. À partir de là, la *judicial review* devient la principale procédure juridictionnelle de contrôle de la légalité de l'activité administrative.

La contestation des *prerogative orders* n'a pas uniquement conduit à leur réforme, ou au développement des *remedies* de droit privé. Un système original va émerger dès le XIXe siècle : il s'agit des *Administrative Tribunals*. Ces organes, rattachés aux ministères, prendront une place centrale dans le système anglais au XXe siècle[121]. Ils sont chargés de juger les litiges que peuvent

114. DE SMITH (S.A), WOOLF (H.), JOWELL (J.), *Judicial review of Administrative Action*, 5e éd., Sweet and Maxwell, Londres, 1995, 1130 pages, p. 617.
115. *Civil Procedure Rules* dans la partie 54 de ce code.
116. Le *Civil Procedure Act* 1997 est entré en vigueur en avril 1999. Sur les causes de cette réforme, et notamment sur les rapports l'ayant précédée voir WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 818-820.
117. *Remedies in Administrative Law*, p. 17 : « Suite à la consultation que nous avons menée, nous sommes de l'avis que la procédure envisagée […] ne doit pas être exclusive, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être la seule voie par laquelle les actes et les omissions des personnes publiques puissent être contestés », traduction de Sophie Boyron dans son article « La *summa divisio* vue d'outre-Manche » in *De l'intérêt de la* summa divisio *droit public-droit privé ?*, sous la dir. de Baptiste Bonnet et Pascale Deumier, Dalloz, Paris, 2010, 297 pages. pp. 121-136, p. 123.
118. Pour un exemple, voir : *De Falco v Crawley Borough Council* [1980] QB 460, et notamment Lord Denning M.R, point 476.
119. *Heywood v. Hull Prison Board of Visitors* [1980] 1 WLR 1386, notamment points 1393-1396 (Goulding J.) : en l'espèce, est un abus de procédure (*abuse of process*) le fait pour un requérant de demander une déclaration par voie de droit privé de la violation de ses droits par la Commission pénitentiaire de la prison de Hull, remettant en cause les remises de peine du requérant du fait de son implication dans des émeutes, alors que la procédure appropriée dans ce cas est l'*application for judicial review.*
120. [1983] 2 AC 237.
Voir : BELL (J.), « Droit public et droit privé : une nouvelle distinction en droit anglais. (l'arrêt *O'Reilly v. Mackman* : un arrêt *Blanco*?) », *RFDA* 1985, pp. 399-409 ; TANNEY (A.), « Procedural exclusivity in administrative law », *PL* 1994, pp. 51-68.
121. Voir : GORDON (D.M.), « 'Administrative' Tribunals and the Courts », *LQR* 1933, 2 parties, pp. 94-120 et pp. 419-442 ; FROMONT (M.), « Les « Administrative Tribunals » en Grande Bretagne », *EDCE*, 1977-1978, pp. 303-333 ;

provoquer notamment les décisions administratives dont la quantité s'accroît du fait du développement de l'État Providence. Les *Administrative Tribunals* ont plusieurs avantages : la procédure était peu coûteuse, rapide et ils étaient composés en grande partie de personnes expertes, jugées plus favorables aux principes de l'État providence[122]. Aujourd'hui, les *Tribunals* sont largement restructurés au sein d'une organisation à deux étages, fortement juridictionnalisés, grâce au *Tribunals, Courts and Enforcement Act* de 2007. Dorénavant, un individu souhaitant contester une décision devra saisir le *First-tier Tribunal*, qui est composé de douze chambres différentes (fiscale, sociale, emplois...). Il peut, en appel, saisir le *Upper Tribunal*, structuré en quatre chambres[123]. Ces entités jouent un rôle central dans le contentieux administratif, et connaissent de la très grande majorité des litiges administratifs ; ils ont contribué à diminuer, sous l'impulsion du Gouvernement, le nombre de *judicial review* introduite devant l'*Administrative Court*[124]. Qualitativement importante, la *judicial review* est quantitativement un recours résiduel, au regard du contentieux dont traitent les *tribunals*.

II. L'intérêt d'une comparaison des systèmes français et anglais

Le droit comparé n'a plus aujourd'hui la vocation qui avait pu être la sienne après la Seconde

BELL (J.), « Unité ou dualité de juridiction en matière administrative au Royaume-Uni », *RFDA* 1990, pp. 892-894 ; PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, thèse, Dalloz, 2013, 1293 pages, pp. 287-292 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 47-50.

122. En effet, les juges anglais, considérés comme politiquement conservateurs, étaient accusés de mettre en échec les réformes sociales et économiques de l'après-guerre.

Aucun tribunal n'était composé de la même façon de sorte qu'il est impossible de dégager des principes communs. Notons simplement que les tribunaux sont collégiaux et que la majorité de leurs membres sont des personnes spécialisés dans les domaines de compétences du tribunal ; le personnel restant, qui est minoritaire, est composé de juges professionnels.

123. Sur cette réforme de 2007, voir : CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit*., pp. 237-255.

Sur l'organisation des *tribunals*, leurs procédures et modes de fonctionnement : ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.N.E.), *Administrative Law. Text and Materials*, 5e éd., OUP, Oxford, 2017, 796 pages, pp. 738-753.

Chacune des chambres du *First-tier Tribunal* et du *Upper Tribunal* est présidée par un juge professionnel.

124. Pour la période allant du 31 mars 2012 au 31 mars 2013, près de 900 000 décisions ont été rendues par les *Tribunals* (*Tribunals Statistics Quaterly*, rapport du ministre de la Justice, 20 juin 2013, p. 13). Ce chiffre a drastiquement diminué dans les années suivantes, mais a tendance à ré-augmenter. En 2016, les principaux *tribunals* ont reçu 460 000 saisines (en augmentation de 13% par rapport à l'année précédente : *Tribunals and Gernder Recognition Statistics Quaterly, January to March 2017*, ministère de la Justice, 8 juin 2017, p. 2). Pour comparaison, en 2011, l'*Administrative Court* a été saisie de 11 200 demandes de *judicial review* (*Judicial and Court Statistics* 2011, rapport du ministre de la Justice, 28 juin 2012, p. 61). Il faut cependant relativiser ce chiffre, puisque depuis novembre 2013, les recours contre les décisions en matière d'immigration ont été transférés au *Upper Tribunal*. Or ces affaires représentaient environ les trois quarts des demandes de *judicial review*, faisant ainsi depuis lors tombé le nombre de recours à environ 2 000 (voir *Constitution Committee – Second Report. Criminal Justice and Court Bill*, 2 juillet 2014, pt. 7). Il a toutefois tendance à remontrer : en 2015, 4 680 demandes de *judicial review* ont été déposées à l'*Administrative Court*, revenant au niveau de 2005 (*A Guide to Civil and Administrative Justice*, Ministère de la Justice, 23 septembre 2016, p. 15).

Voir : THOMAS (R.), « Mapping immigration judicial review litigation : an empirical legal analysis », *PL* 2015, pp. 652-578.

Guerre Mondiale. Il était présenté comme un « facteur de paix » car il était censé pouvoir contribuer à l'« unification des peuples »[125]. Force est de constater que sur ce plan il a échoué. Les buts utopiques qui lui avaient été alors assignés ont toutefois permis d'en faire la promotion. Aujourd'hui, il reste un objet de curiosité et aussi de méfiance. Tantôt, présenté comme une simple méthode, tantôt comme une véritable discipline à part entière, il semble difficilement saisissable[126]. En fait, ces deux visions ne sont pas antinomiques : il peut être enseigné et étudié, autant qu'il renseigne par l'utilisation de procédés de rapprochement des droits. Ces derniers doivent d'ailleurs être d'une grande rigueur pour donner son intérêt scientifique à tout travail de comparaison. Si bien que, de nos jours, si l'objectif du droit comparé est plus modeste, il est également plus réaliste et appelle à un sérieux particulier afin d'être poursuivi.

L'utilisation du droit comparé en droit administratif est en pleine expansion. Ce développement met également en lumière les carences passées. Pendant longtemps, le droit administratif a semblé rétif à la comparaison. L'extension du droit comparé dans le champ du droit public est passée en premier lieu par le droit constitutionnel, conduisant à faire du droit administratif le « parent pauvre » dans ce domaine[127]. Plusieurs caractéristiques rendaient difficile

125. BLAGOJEVIC (B. T.), « Le droit comparé. Méthode ou science », *RIDC* 1953, pp. 649-657, voir p. 652 ; GRAVESON (R.H.), « L'influence du droit comparé sur le rapprochement des peuples », *RIDC* 1958, pp. 501-509.
Voir le rapport faisant suite à la réunion à une Commission de spécialistes du droit comparé, en 1949 : « L'Unesco et le Droit comparé », *RIDC* 1949, pp. 118-121.
126. ARMINJON (P.), NOLDE (B.), WOLFF (M.), *Traité de droit comparé*, t. I., LGDJ, 1950, 635 pages, pp. 10-53 ; GUTTERIDGE (H.C.), *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, LGDJ, Paris, 1953, 240 pages, pp. 17-28 ; BLAGOJEVIC (B. T.), « Le droit comparé. Méthode ou science », *op. cit.* ; WAGNER (W.J.), « Research in Comparative Law : Some Theoritical Considerations », pp. 511-534 in *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, sous la dir de R.A. Newman, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962 ; LEGRAND (P.), « Comparative Legal Studies and Commitment to Theory », *MLR* 1995, pp. 262-273 ; PFERSMANN (O.), « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, pp. 275-288 ; PONTHOREAU (M.-C.), « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC* 2005, pp. 7-27.
Voir également : *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, 3 tomes, LGDJ, Paris, 1938.
Pour une discussion riche et complète sur ce sujet, mais aussi sur la méthode de la comparaison, ses enjeux et ses difficultés voir : RIVERO (J.), *Cours de droit administratif comparé, 1954-1955*, *1956-1957* et *1957-1958*, Les cours de droit, Paris.
127. Pour Tom Ginsburg , « Le droit administratif est le parent pauvre du droit public ; le cousin qui est un travailleur acharné, mais n'intéresse pas, agissant dans l'ombre du droit constitutionnel » : GINSBURG (T.), « Written constitutions and the administrative state : on the constitutional character of administrative law », pp. 117-127 in *Comparative Administrative Law*, sous la dir. de S. Rose-Ackerman et P. L. Lindseth, Edward Elgar, Cheltenham, 2010.
Déjà dans les années cinquante, Rivero affirmait : « le droit administratif, dans le monde du comparatisme, fait quelque peut figure, sinon tout à fait de parent pauvre, du moins de benjamin » : *Cours de droit administratif comparé, 1954-1955*, *op. cit.*, p. 18.
Pour un constat similaire, voir : GAUDEMET (Y.), « le droit administratif en France », *RIDC* 1989, pp. 899-905 ; HAUT (F.), « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *RIDC* 1989, pp. 907-914 ; BELL (J.), « La comparaison en droit public », pp. 33-44 in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation Comparée, Paris, 1999 ; NEHL (H. P.), « Administrative law », pp. 18-32 in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, sous la dir. J. M. Smits, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006 ; BOUGHEY (J.), « Administrative Law : The Next Frontier for Comparative Law », *ICLQ* 2013, pp. 55-95.

un tel travail. Nous pouvons en faire ici état de trois principales[128]. En premier lieu, le droit administratif est relativement jeune, par rapport au droit privé, entendu au sens large. Bien qu'une telle idée doive être en partie tempérée, elle dénote surtout que le droit administratif n'est reconnu, admis et étudié que depuis le XIXe et le XXe siècle[129]. En second lieu, il est profondément lié à l'État, à sa conception et à son action. Le droit administratif apparaît alors comme profondément relatif dans son contenu, son idéologie ou ses valeurs. La comparaison, qui nécessite une certaine dose d'abstractions, s'en trouve rendue difficile. Enfin, il est considéré comme un droit technique et de ce fait, là encore, peu enclin aux abstractions et généralisations.

Ces obstacles existent toujours, mais sont de moins en moins problématiques. La comparaison est de plus en plus développée. En particulier, elle s'inscrit dans un mouvement visant à rechercher l'émergence d'un « droit commun européen »[130]. Cette expression ne doit pas être entendue comme la création d'un nouveau système juridique, ayant ses propres règles et principes, détachés des droits nationaux[131]. Plus prosaïquement, elle fait référence, selon la définition de Jean Rivero, à « l'ensemble des similitudes qui, déduites de l'analyse de ces droits, constitueraient, par delà les particularités propres à chaque État, leur patrimoine collectif, une sorte de Corpus regroupant les thèmes juridiques fondamentaux à partir desquels les droits nationaux broderaient leurs variations »[132]. Cette recherche se fonde sur un constat simple : les États, notamment européens, partageant une idéologie commune s'illustrant dans leurs caractères démocratiques, libéraux individualistes et comme étant dotés d'une économie de marché ouverte, possèdent des

128. RIVERO (J.), « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », pp. 389-406 in *New perspectives for a common law of Europe/Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, sous la dir. de M. Cappelletti, Bruylant, Bruxelles, 1978 ; GINSBURG (T.), « Written constitutions and the administrative state : on the constitutional character of administrative law », *op. cit.* ; BOUGHEY (J.), « Administrative Law : The Next Frontier for Comparative Law », *op. cit*.

129. Nous verrons qu'en France, par exemple, le droit administratif plonge ses racines bien plus loin dans l'histoire.

130. Voir le numéro spécial de l'*AJDA* consacré au « Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen : les données du débat contemporain », num. spé, 20 juin 1996 ; CASSESE (S.), « Le problème de la convergence des droits administratifs. Vers un modèle administratif européen ? », pp. 47-55 in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996 ; SCHWARZE (J.), *Droit administratif européen*, 2e éd. complétée, Bruylant, Bruxelles, Collection Droit Administratif – Administrative Law, 2009, 1631 pages.

Certains poussent aujourd'hui la recherche vers l'identification d'un droit administratif global, dépassant le seul cadre européen : *Un droit administratif global ? A Global Administrative Law ?*, sous la dir. de C. Bories, éd. Pedone, Paris, 2012.

L'émergence d'un tel fond commun est également utile dans le cadre de la construction européenne, la Cour de Justice n'hésitant pas à recourir au droit comparé pour élaborer ses solutions : LENAERTS (K.), « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE* 2001, pp. 487-528 ; DONNAT (F.), « Le droit comparé à la Cour de justice des Communautés Européennes », pp. 377-390 in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009.

131. La création d'un tel système nous paraît être largement utopique et inutile. En ce sens : CERCEL (C. S.), « Le « *jus commune* » dans la pensée juridique contemporaine, ou le comparatisme perverti », pp. 457-485 in *Comparer les droits, résolument*, sous la dir. de P. Legrand, PUF, France, 2009.

132. RIVERO (J.), « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », *op. cit.*, p. 389.

valeurs structurantes similaires et font face à des problèmes de même nature. Ce constat se trouve renforcé par la participation à la construction européenne, qui amplifie et fait office de catalyseur[133]. C'est ce postulat que souhaite évaluer le présent travail.

Sur ce plan, la France et l'Angleterre, représentants des deux grandes familles de droit traditionnellement distinguées, ont fait face aux mêmes défis. Classiquement, des auteurs comme René David et Camille Jauffret-Spinosi distinguent la famille romano-germanique, à laquelle appartient la France, caractérisée par l'influence du droit romain, la place centrale du droit écrit et la volonté historiquement première de régir les relations entre les individus ; et la famille des droits de *common law*, dont fait partie l'Angleterre, et qui repose avant tout sur un droit créé par le juge, également pour régler les litiges entre particuliers, mais avec une dimension plus concrète et casuistique que ne le permet le droit écrit souvent codifié[134].

L'activité administrative a subi de profondes mutations depuis le XXe siècle. L'extension du champ de son action s'est couplée à une augmentation de ses pouvoirs. Le droit administratif a du s'y adapter, tout comme les moyens visant à le faire respecter et au premier rang desquels se trouve le contrôle juridictionnel de la légalité. En effet, là encore, selon Jean Rivero : « ce qui me paraît essentiel pour caractériser un système administratif [ce sont] les moyens de contrôle dont la juridiction, qu'elle soit ou non spécialisée, dispose à l'égard de l'administration »[135]. Malgré une forte utilité d'un travail de comparaison entre ces deux pays sur ce thème (B.), c'est au constat d'une certaine carence qu'il faut d'abord procéder (A.).

A. Le constat d'une certaine carence dans la comparaison entre les droits administratifs français et anglais

Il n'est pas ici question de faire état du développement du droit comparé dans chaque pays, mais plutôt de l'intérêt des juristes pour la comparaison entre ces deux pays[136]. Dans ce domaine, de

133. *L'État actuel et les perspectives du droit administratif européen*, sous la dir de Jürgen Schwarze, Bruylant, Bruxelles, Collection Droit Administratif – Administrative Law, 2010, 364 pages ; BERGE (J.-S.), « La comparaison du droit national, international et européen : de quelques présupposés et finalités », pp. 87-101 in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, Paris, 2013 ; *Traité de droit administratif européen*, 2e éd., sous la dir. de J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelles, 2014, 1356 pages.
134. DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.), GORE (M.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12e éd., Dalloz, Paris, 2016, 539 pages, pp. 17-20.
135. RIVERO (J.), « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », *op. cit.*, p. 402.
Dans un sens similaire, Janina Boughey relève que l'intérêt de la comparaison en droit administratif porte sur la confrontation des méthodes de soumission des gouvernements au droit : BOUGHEY (J.), « Administrative Law : The Next Frontier for Comparative Law », *op. cit.*, pp. 70-73.
136. Sur le développement du droit comparé en général : CONSTANTINESCO (L.-J), *Traité de droit comparé, T. 1*

grands noms ont laissé des traces, que l'on pense au travail de Montesquieu ou, plus près de nous, à celui de Dicey, deux éminents penseurs dont les œuvres ont profondément marqué leurs époques[137]. Mais, c'est aussi entre ces deux pays que la comparaison a montré ses propres limites. Elle a pu être utilisée à des fins politiques, au sens large, pour « démontrer » la supériorité d'un système sur l'autre[138] ; elle a aussi conduit à produire des œuvres mal informées et, en cela, partiellement fausse[139]. Le risque que de telles pratiques existent aujourd'hui a largement diminué. Le droit comparé se met de moins en moins au service d'une idéologie ou de la valorisation à outrance d'un système. Le temps est à plus d'ouverture et de circulation des pensées et modèles. On en veut pour

---

Introduction au droit comparé, LGDJ, Paris, 1972, 243 pages.

Sur le développement du droit comparé en France, voir : ANCEL (M.) et VAN CAMELBEKE (M.), « Deux dates mémorables dans le développement du droit comparé en France », *RIDC* 1982, pp. 131-144 ; MELLERAY (F.), « Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français », pp. 13-22 in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, sous la dir. de F. Melleray, Bruylant, Bruxelles, 2007 ; THIREAU (J.-L.), « L'avènement de la comparaison des droits en France », pp. 597-618 in *Comparer les droits, résolument*, sous la dir. de P. Legrand, *op. cit.*

Sur le développement du droit comparé en Angleterre, voir : NEVILLE-BROWN (L.), « L'évolution du droit comparé en Angleterre depuis 1869 : un aperçu personnel », pp. 355-373 in *Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée, Un siècle de droit comparé*, t. II, sous la dir. de la Société de Législation Comparée, LGDJ, Paris, 1969 ; SIMMONDS (K.R.), « Grande-Bretagne. Notion et objectif d'une revue de droit comparé », *RIDC* 1975, pp. 73-77 ; RUDDEN (B.), « Comparative law in England », pp. 79-89 in *Comparative Law and Legal System : Historical and Socio-Legal Perspectives*, sous la dir. de W.E. Butler et V.N. Kudriavtsev, Oceana Publications, Londres, 1985 ; MALLAT (C.), « Un comparatiste anglais au XVIIIe siècle. Influences françaises sur la Common Law dans l'œuvre de Lord Mansfield », *RHD* 1994, pp. 383-400.

137. Montesquieu, *De l'esprit des loi*s, Flammarion, 2008, Paris, 1184 pages. Il a également influencé les idées politiques anglaises. D'un point de vue plus général, le droit français a offert un point de comparaison pour l'Angleterre très tôt également dans l'histoire : MALLAT (C.), « Un comparatiste anglais au XVIIIe siècle. Influences françaises sur la Common Law dans l'œuvre de Lord Mansfield », *op. cit*.

L'inverse est également vrai puisqu'à la Révolution française, le fonctionnement des institutions anglaises a été étudié et pris en compte dans le travail des révolutionnaires : GLASSON (E.), « La justice en Angleterre et en France », *RDP* 1895, pp. 40-69, notamment pp. 40-69. L'auteur propose également des innovations, calquées sur le modèle anglais comme la suppression de la juridiction administrative sous sa forme autonome, au profit de tribunaux administratifs rattachés au juge judiciaire (*ibid*., p. 53). Voir plus généralement : GLASSON (E.), *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, comparés au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours*, A. Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1883, 6 volumes.

DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the law of the Constitution* », 8e éd., Macmillan, 1915, ré-imprimé par Liberty Fund, 1982, 436 pages. Voir également : LAWSON (F.H), « Dicey Revisited. I » et « Dicey Revisited. II », *Political Studies*, 1959, pp. 109-126 et pp. 207-221.

138. Tel a été le cas des libéraux français contre les régimes du début du XIXe siècle, développant leurs critiques en s'appuyant sur une vision idéalisée du système anglais : CASSESE (S.), « Le problème de la convergence des droits administratifs. Vers un modèle administratif européen ? », *op. cit.*, pp. 50-51.

GLASSON (E.), « La justice en Angleterre et en France », *op. cit.*, pp. 53-54 : l'auteur y affirme la supériorité de la magistrature anglaise sur la magistrature française ; mais l'organisation judiciaire française lui paraît, en revanche, supérieure.

L'une des premières œuvres de comparaison, celle de Fortescue, datant du XVe siècle, comparant les institutions anglaise et française (*De Laudibus Legem Angliae*) comporte également ce défaut puisque le but de son auteur était d'affirmer la supériorité du système anglais : CONSTANTINESCO (L.-J), *Traité de droit comparé, op. cit.*, t. I., pp. 55-56.

139. On pense ici au travail de Dicey qui n'avait pas accès aux dernières œuvres françaises sur le droit administratif lors de la première édition de son célèbre ouvrage, sorti en 1885, notamment au traité de Laferrière qui n'a été produit que postérieurement, en 1888 (LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1ere éd., 2 tomes., Berger-Levrault, Paris, 1887, respectivement 670 pages et 675 pages). Notons d'ailleurs que ce dernier engage aussi, dès les premières pages de son œuvre fondamentale, une étude de droit comparé précise et complète sur l'Angleterre.Voir : JENNINGS (I.), « In Praise of Dicey. 1885-1935 », *Public Administration* 1935, pp. 123-134 ; ERRERA (R.), « Dicey and French Administrative Law : A Missed Encounter ? », *PL* 1985, pp. 695-707.

preuve, au-delà des colloques communs, l'existence d'une production scientifique abondante, notamment dans les revues juridiques. Il est impossible ici d'en faire une liste complète, mais plusieurs noms ressortent particulièrement : on peut penser, en particulier, à Jack Hamson, Carol Harlow, Duncan Fairgrieve ou John Bell, chez les juristes anglais[140] ; et à René David, Jean Rivero, Michel Fromont ou plus récemment Thomas Perroud, pour les auteurs français[141].

En jurisprudence, le constat est plus ambivalent, et tempère le satisfecit doctrinal. Le développement de l' « argument comparé » est un fait significatif dans la jurisprudence du Conseil d'État, et plus précisément dans les conclusions des rapporteurs publics[142]. Il peut avoir plusieurs fonctions, du simple exemple à l'argument de persuasion voire plus rarement comme motif d'une solution[143]. Il sert alors soit à faire évoluer le droit administratif, soit à en conforter la substance. Le droit anglais y occupe une place non-négligeable[144]. Mais, il ne faut pas se réjouir trop vite. « L'argument comparé » est souvent utilisé au soutien d'une proposition ou d'une construction et n'apparaît pas comme un moteur d'innovation[145]. Il est, de surcroît, surtout employé de façon

140. Nous renvoyons à la bibliographie générale pour connaître les œuvres de chacun de ces auteurs.
Il est également possible de citer : GOODNOW (F.), *Comparative Administrative Law. An Analysis of the Administrative Systems National and Local of the United States, England, France and Germany*, 2 volumes, Putnam's Son, New York, 1895 ; GUTTERIDGE (H.C.), *Le droit comparé, Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, LGDJ, Paris, 1953, 240 pages ; CAPPELLETTI (M.), *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989, 417 pages.
141. Nous renvoyons également ici à la bibliographie générale.
On peut aussi faire référence à d'autres travaux : DISTEL (M.), « Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration en Grande-Bretagne », *RIDC* 1982, pp. 41-100 ; ZILLER (J.), *Administrations comparées, les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, Montchrestien, Paris, 1993, 511 pages ; WOEHRLING (J.-M), « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe de l'Ouest : Particularismes et Convergences », *Revue Européenne de Droit Public* 1994, pp. 353-389 ; CASSESE (S.), *La construction du droit administratif, France et Royaume-Uni*, Montchrestien, Paris, 2000, 155 pages.
142. LETOURNEUR (M.), « L'influence du droit comparé sur la jurisprudence du Conseil d'État », pp. 211-218 in *Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée, Un siècle de droit comparé*, t. I, *op. cit*. : l'auteur note que les principes des droits de la défense élaborés par le Conseil d'État s'inspirent des principes anglais dits de *natural justice* ; LEGEAIS (R.), « L'utilisation du droit comparé par les tribunaux », *RIDC* 1994, pp. 347-358, notamment p. 352 et p. 356 ; ERRERA (R.), « The Use of Comparative Law Before the French Administrative Law Courts », pp. 153-163 in *Comparative Law Before the Courts*, sous la dir. G. Canivet, M. Andenas et D. Fairgrieve, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2004 ; MIALOT (C.), « L'utilisation du droit comparé par le Conseil d'État, un changement dans la fabrique du droit », *AJDA* 2010, pp. 1462-1464 ;
Une cellule de droit comparé a été créée au sein du Conseil d'État pour faciliter son utilisation en jurisprudence : BRETONNEAU (A.), DAHAN (S.) et FAIRGRIEVE (D.), « L'influence grandissante du droit comparé au Conseil d'État : vers une procédure juridictionnelle innovante ? », *RFDA* 2015, pp. 855-860.
143. MIALOT (C.), *ibid*., p. 1463 ; BRETONNEAU (A.), DAHAN (S.) et FAIRGRIEVE (D.), *ibid*.
144. MELLERAY (F.), « L'utilisation du droit étranger par le Conseil d'État statuant au contentieux », pp. 779-793, voir p. 787 in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, *op. cit*.
Pour un exemple récent, l'innovation jurisprudentielle limitant dans le temps la possibilité de faire un recours contre une décision mal notifiée, a été proposée par le rapporteur public en usant notamment de ce qui se fait en Angleterre : CE, Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, rec. 340, concl. Henrard ; *RFDA* 2016, pp. 927-942, concl. Henrard, voir pp. 933-934 ; *AJDA* 2016, pp. 1629-1635, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; p. 1769, trib. F. Julien-Lafferière ; *JCP A* 2016, pp. 27-31, note H. Pauliat ; *DA* Décembre 2016, pp. 43-49, comm. G. Eveillard.
145. Voir par exemple pour un tel constat quant au principe d'impartialité dite « objective » : CLAEYS (A.), « L'évaluation de l'argument de droit comparé sur l'appréhension du principe d'impartialité « objective » par le Conseil d'État français », pp. 283-319, notamment 301-303 in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, sous la dir. de F. Melleray, *op. cit.*

sibylline. Son utilisation ne correspond pas à ce que l'on peut en atteindre et tend à brider ses potentialités. Certes, ces carences ne sont pas propres aux arguments comparés fondés sur le droit anglais. Mais, indéniablement, si des productions scientifiques permettaient une meilleure connaissance de l'œuvre des juges outre-Manche, les juges français pourraient en bénéficier et ainsi faire une utilisation plus pertinente du droit comparé. La même conclusion peut être tirée en ce qui concerne l'Angleterre. Les juges anglais ne semblent pas utiliser, dans leurs jugements en droit public, d'arguments tournés vers l'étude du droit français[146]. En revanche, ils ont bien plus d'appétence pour les études des autres systèmes de *common law*. Lorsque tel est le cas dans un arrêt, le, ou les juges, ayant recours au droit comparé, le font d'une manière plus adaptée que le juge administratif français : le système est exposé avec certains détails, en amont de la conception de la solution. L'argument comparé est alors présenté comme un moteur, non comme le soutien d'une décision déjà formée. Au-delà des juges, la doctrine anglaise, en revanche, montre un intérêt particulier pour le système de droit administratif français, que ce soit par simple curiosité, comme étude d'un modèle ou encore comme repoussoir[147]. L'intérêt réciproque pour les deux pays est réel et indéniable : alors, pourquoi parlons-nous de carence ? Trois raisons nous conduisent à ce constat.

En premier lieu, rarement ces productions scientifiques ne portent sur une comparaison systématique et entière du rôle des juges dans les deux pays, ou même seulement de leur contrôle. Le plus souvent, il s'agit d'étudier l'un des pays pour en exposer les conclusions dans l'autre ; il n'y a

146. Nous n'en avons pas trouvé traces dans les jugements lus dans le cadre de ce travail. Les juges sont plus tournés vers les pays du *commonwealth*.
MARKESINIS (B.S), « Comparative Law - A Subject in Search of an Audience », *MLR* 1990, pp. 1-21, notamment pp. 3-4.

147. Il a été étudié pour proposer des réformes : ROBSON (W.), *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution*, MacMillan and Co, Londres, 1928, 346 pages. L'auteur évalue les problèmes rencontrés par la justice anglaise dans le contrôle de l'administration, dont la structure et l'action se développent sous l'effet d'un plus grand interventionnisme étatique. Il s'inspire du droit administratif français et de la dualité de juridiction française pour proposer la création de tribunaux administratifs au fonctionnement similaire. Toutefois, il souhaite qu'un lien clair existe entre eux et le Gouvernement, ce qui conduit au développement de critiques concernant le manque d'indépendance de cette structure (notamment : ALLEN (C.K.), *Law and Orders. An inquiry into the nature and scope of delegated legislation and executive powers in England*, 3e éd., Stevens & Sons, Londres, 1965, 412 pages, pp. 169-172).
L'étude du Conseil d'État et du recours pour excès de pouvoir trouve également sa place dans l'ouvrage classique de Ivor Jennings (JENNINGS (I.), *The Law and The Constitution*, 5e éd., University of London Press, Londres, 1959, 354 pages, pp. 229-238) ; des auteurs comme Hauriou et Duguit ont pu inspirer la doctrine dans sa quête d'une nouvelle conception du droit administratif (HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), « Administrative law in context : restoring a lost connection », *PL* 2014, pp. 28-42 ; LOUGHLIN (M), « Modernism in British public law. 1919-1970 », *PL* 2014, pp. 56-67).
De même, Lord Denning a affirmé que s'il n'est pas nécessaire de copier le Conseil d'État pour améliorer le contrôle de l'administration, il constitue toutefois un exemple enrichissant : Lord Denning, « Courts and Tribunals », *The British Journal of Administrative Law* 1954, pp. 107-110. Un même constat est dressé par Lord Diplock, rejetant l'introduction d'une procédure inquisitoriale similaire à celle suivie par le Conseil d'État : Lord Diplock, « Judicial Control of the Administrative process », *CLJ* 1971, pp. 1-17.
Globalement, en doctrine, il a une place relativement importante des études de droit administratif français : BELL (J.), « La jurisprudence vue par un juriste anglais », *RA* 2000, numéro spécial n°3, pp. 65-69, p. 65 ; Lord Woolf, « Droit Public – English Style », *PL* 1995, pp. 57-71 ; « An English Perspective », *DA* num. spé., n°3, 2000, pp. 106-108.

pas ici œuvre comparative mais plutôt une étude de droit étranger[148]. Évidemment, il n'est pas ici question de noircir le trait. De nombreuses productions doctrinales répondent aux canons classiques de la comparaison, mais il faut regretter qu'elles ne soient pas plus nombreuses et récentes[149]. Les évolutions de ces dernières années ont profondément bouleversé le rôle des juges, et, en ce domaine, la carence apparaît clairement.

En second lieu, les travaux de comparaison en droit administratif sont souvent parcellaires. Il s'agit, dans la plupart des cas, d'études ou d'articles, mais rarement de thèse[150]. Lorsque tel est le cas, leur ancienneté les rend peu aptes à décrire aujourd'hui l'état du droit[151]. Certains auteurs français et anglais font état de ce manque de travail comparatif[152]. Ces deux éléments réunis démontrent la pertinence d'un travail de comparaison du contrôle juridictionnel dans ces deux pays.

Enfin plus généralement, la comparaison entre la France et l'Angleterre, si elle se fait, ne constitue pas le domaine premier des œuvres de droit comparé. L'Angleterre se tourne traditionnellement bien plus vers les pays sur lesquels elle a exercé une forte influence, c'est-à-dire

---

148. ANCEL (M.), *La « Common Law » d'Angleterre*, thèse, Rousseau, Paris, 1927, 223 pages ; TIXIER (G.), *Le contrôle judiciaire de l'administration anglaise. Contentieux de la légalité*, thèse, Dalloz, Paris, 1954, 191 pages ; GARREAU (R.), *Le « Local government » en Grande-Bretagne*, LGDJ, Paris, 1959, 261 pages ; NEVILLE BROWN (L.) et BELL (J.), *French Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, 358 pages.

149. *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert*, 3 tomes, 1938, LGDJ, Paris, 1938 ; *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens. Étude comparative*, sous la dir. de G. Braibant, N. Questiaux et C. Wiener, éd. Cujas, Paris, 1973, 325 pages ; *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, sous la dir. de J.-B. Auby et M. Freedland, Éd. Panthéon Assas, Paris, 2004, 250 pages ; FAIRGRIEVE (D.), GUYOMAR (M.), STIRN (B.), *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, éd. Odile Jacob, Paris, 2006, 300 pages.

Notamment, au XIXe siècle, la *Revue de Droit Public*, mais pas uniquement, a publié de nombreuses études du système anglais : LEFEVRE-PONTALIS (A.), « Du pouvoir judiciaire en Angleterre », *RDP* 1856, pp. 237-251 et *RDP* 1857, pp. 47-75 ; MILLET (R.), « Les progrès de la centralisation administrative en Angleterre », *Bulletin de la Société de Législation Comparée* 1875, pp. 306-328 ; BOUTMY (E.), « Les sources de la Constitution anglaise », *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger* 1878, pp. 37-66 ; STOCQUART (E.), « Les origines et le développement de la législation industrielle et sociale en Angleterre », *RDP* 1896, pp. 457-468.

150. Pour ce qui est des thèses, citons par exemple : LEFEBURE (M.), *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et en droit français*, thèse, LGDJ, Paris, 1960, 200 pages ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, thèse, 2002, Dalloz, Paris, 739 pages ; VILLAIN-COURRIER (A.-E), *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Dalloz, Paris, 2004, 723 pages ; PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, *op. cit*.

151. TIXIER (G.), *Le contrôle judiciaire de l'administration anglaise. Contentieux de la légalité*, *op. cit.* ; FLOGAÏTIS (S.), *Administrative Law et Droit Administratif*, thèse, LGDJ, Paris, 1986, 247 pages ; VISRUTPICH (V.), *Le contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les autorités administratives en droit français et anglais*, thèse, dactyl., 1991, 413 pages ; XYNOPOULOS (G.), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre,* LGDJ, Paris, 1995, 463 pages.

152. Ainsi, récemment, Didier Truchet a pu affirmer, à l'issue d'une étude statistique des thèses produites en France, dans le domaine du droit administratif : « Le droit comparé reste un parent pauvre, comme l'étude des droits étrangers, avec une (petite) exception en faveur du droit allemand » (TRUCHET (D.), « Le « rayonnement » des thèses en droit administratif », *RFDA* 2016, pp. 1078-1089, p. 1079). Pour une idée similaire : ANTOINE (A.), « Plaidoyer pour une meilleure connaissance des droits administratifs étrangers », *AJDA* 2013, p. 369.

Dans un article publié en 1991, Lord Bingham émettait le vœu qu'une comparaison soit effectuée concernant la latitude dont dispose les juges français et anglais quant à l'adaptation du régime des recours à leur office, notamment concernant l'intérêt à agir, les délais, et les décisions prises : Lord Bingham, « Should public law remedies be discretionary ? », *PL* 1991, pp. 64-75 (voir la note numéro 3).

les anciens dominions ainsi que les États-Unis[153] ; en France, le droit comparé est surtout utilisé pour étudier des systèmes de l'Europe continentale tels que l'Allemagne, l'Italie, la Belgique ou l'Espagne[154].

B. L'intérêt d'une comparaison portant sur le rôle des juges en France et l'Angleterre

Le rôle qu'occupent les juges dans un système juridique est en constant renouvellement. Or, ce domaine apparaît encore trop inexploré. Pourtant, il est d'un intérêt particulier pour qui veut essayer de mettre en évidence ou critiquer l'existence, ou la construction, d'un « droit commun européen ». Le contrôle juridictionnel constitue l'un des moyens les plus importants de résolution des problèmes auxquels peuvent faire face les États. Que ce soit pour trancher un litige entre individus, ou entre un individu et un organe public, la figure du juge s'impose comme la voie de dernier recours pour pacifier la société. Dès lors, si l'on veut essayer de déterminer si un « droit commun européen » émerge ou peut émerger, il n'est pas possible de faire l'impasse sur ce domaine d'étude.

De surcroît, la comparaison entre le système français et le système anglais se révèle fondamentale. Considérés de longue date comme appartenant à des familles juridiques différentes, il est fréquent d'en souligner plutôt les divergences[155]. Sur ce point, le droit administratif ne fait pas

153. SCHWARTZ (B.) et WADE (H.W.R.), *Legal Control of Government. Administrative Law in Britain and the United States*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1972, 349 pages ; ATIYAH (P.S.) et SUMMERS (R.), *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1987, 448 pages.
Concernant des ouvrages collectifs, voir pour deux exemples récents : *Public Law Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell, M. Elliott, J.NE Varuhas et P. Murray, Hart Publishing, Oxford, 2016, 448 pages ; *Legitimate Expectations in the Common Law World*, sous la dir. de M. Groves et G. Weeks, Hart Publishing, Oxford, 2017, 368 pages.
Un ouvrage aussi fondamental que le manuel rédigé au nom de Stanley de Smith fait principalement référence aux pays de *common law* : WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., Sweet and Maxwell, Londres, 2007, 1098 pages.
L'ouverture de l'Angleterre à des droits d'autres pays est surtout l'œuvre des années quatre-vingt-dix. Auparavant, la croyance dans la supériorité absolue des institutions anglaises ne conduisait pas les juristes à regarder ce qui se faisait ailleurs : Lord Bingham « « There is a world elsewhere » : the changing perspectives of English law », *ICLQ* 1992, pp. 513-529.
154. Par exemple, le colloque organisé sur le sujet « les droits publics subjectifs des administrés », comporte des interventions sur des pays de l'Europe continentale, mais aucune sur un pays anglo-saxon : *Les droits publics subjectifs des administrés*, organisé par l'AFDA, Lexis Nexis, 2011, 238 pages. De même voir : HOURQUEBIE (F.), « Les droits publics subjectifs : échec de l'importation d'une théorie allemande en droit administratif français ? », pp. 203-228 in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, sous la dir. de F. Melleray, *op. cit.*
De même sur la question des pouvoirs du juge administratif, la doctrine regarde plus facilement ce qui se fait sur le reste du continent. Pour un exemple : FROMONT (M.), « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences », *RFDA* 2002, pp. 551-560.
155. Pour un exemple classique : DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.), GORE (M.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12e éd., *op. cit.*, notamment 241-321.
Même les auteurs proposant des typologies alternatives ne peuvent s'empêcher de distinguer entre la famille

exception : la France est le pays où il a émergé, alors que l'Angleterre a longtemps résisté aux sirènes d'un droit particulier pour l'administration ; si la France est un pays de droit écrit, le droit administratif fait figure d'exception, et se veut avant tout jurisprudentiel, alors que le constat est exactement inverse outre-Manche ; la France dispose d'une dualité de juridiction, alors que règne l'unité en Angleterre[156]. Ces éléments constituent de simples rappels généraux. La réalité se veut bien plus complexe et des rapprochements, nombreux, ont déjà été relevés[157]. Mais, comme nous l'avons dit plus haut, la France et l'Angleterre partagent des valeurs fondamentales structurantes : ce sont des pays libéraux, construits sur une histoire ancienne ; ils reposent sur une économie de marché ; ils sont structurés par des principes juridiques relativement similaires, comme la séparation des pouvoirs ou la responsabilité de l'exécutif devant le Parlement. À un niveau de généralisation assez élevée, il est tout à fait possible de dire que ces deux pays partagent des valeurs similaires[158].

Mais, malgré ces convergences, il n'est pas possible de faire l'impasse sur les origines de chacun des deux systèmes. L'histoire, la pensée, les valeurs de ces deux pays ne sont pas exactement les mêmes, et leur droit respectif reste empreint de ces différences qui en constituent la tradition[159]. Les convergences ne doivent pas occulter les différences de mentalité et de contexte,

« française » et la famille « britannique » concernant le droit administratif. Voir notamment : ZILLER (J.), « L'usage du qualificatif du droit administratif en droit comparé », pp. 127-138 in *Un droit administratif global ? A Global Administrative Law ?*, sous la dir. de C. Bories, *op. cit*.

L'ouvrage ancien de Raphaël Alibert sur le recours pour excès de pouvoir s'ouvre sur une comparaison avec l'Angleterre, mais est est limité aux différences entre les deux pays quant à leur conception du droit : ALIBERT(R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir,* Payot, Paris, 1926, 391 pages, pp. 11-34.

156. DAVID (R.), « Le droit continental, la common law, et les perspectives d'un *jus commune* européen », pp. 113-133 notamment pp. 116-120 in *New perspectives for a common law of Europe/Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe, op. cit.* ; PLATON (S.), « L'argument de droit comparé dans les débats relations à la dualité de juridiction », pp. 339-355 in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, sous la dir. de F. Melleray, *op. cit. ;* FROMONT (M.), « La justice administrative en Europe : différences et convergences. Rapport de synthèse du colloque », *RFDA* 2008, pp. 267-271

157. SARFATTI (M.), « Le droit comparé en fonction de l'unification du droit », *RIDC* 1951, pp. 69-74 ; HAMSON (C.J.), « Vues anglaises sur le Conseil d'État », *op. cit.* ; PEPY (D.), « Justice anglaise et justice administrative française », *EDCE* 1956, pp. 159-175 ; RIVERO (J.), « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », *op. cit.*, pp. 398-402 ; DAVID (R.), « Le droit continental, la common law, et les perspectives d'un *jus commune* européen », *ibid.* ; *English Law adn French law. A Comparison in Substance*, *op. cit.* ; BELL (J.), « English Law and French law – Not So Different ? », *CLJ* 1995, pp. 63-101 ; BINGHAM (T.), « « There is a world elsewhere » : the changing perspectives of English law », *op. cit.*, notamment pp. 528-529 ; CASSESE (S.), « Le problème de la convergence des droits administratifs. Vers un modèle administratif européen ? », *op. cit.*, pp. 53-54 ; GAMBARO (A.), SACCO (R.), VOGEL (L.), *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, LGDJ, Paris, 2011, 455 pages ; MORISSETTE (J.-Y.), « Les caractéristiques classiquement attribuées à la common law », *RIDC* 2013, pp. 613-636, notamment pp. 630-636.

158. Ce point de vue est notamment défendu par Cyril Adjei et justifie, selon cet auteur, de développer la comparaison en droit public entre eux : ADJEI (C.), « The Comparative Perspective and the Protection of Human Rights *à la française* », *OJLS* 1997, pp. 281-301.

Michel Fromont tire la même conclusion en comparant les traditions romano-civiliste et de *common law* : FROMONT (M.), « Réflexions sur l'objet et les méthodes du droit comparé », notamment p. 386 in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, *op. cit.*).

159. Pour un tel constat : BELL (J.), « English Law and French law – Not So Different ? », *op. cit*. Voir également du même auteur : « La comparaison en droit public », pp. 33-44 in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici,*

fondamentales dans un travail de comparaison. Ces éléments permettent de comprendre le droit tel qu'il est dans le pays étudié, tel qu'il est représenté, conçu et compris, tel qu'il évolue et fonctionne. Ils donnent une représentation de la culture de chacun des pays étudiés[160]. Jamais la France et l'Angleterre n'auront de systèmes similaires ; et pourtant, les deux doivent faire face à des problèmes portant, sur la régulation juridique de l'administration, grandement semblables. Or, « la comparabilité existe du fait de l'unité ou de l'équivalence des problèmes qui se posent à plusieurs ordres juridiques »[161]. La mutation de l'action administrative[162], la diminution de la centralité de la loi au sein des ordres juridiques nationaux, l'emprise forte des droits européens, dont le *Brexit* n'a pas encore remis en cause les effets, concernant le droit de l'Union européenne, l'émergence de nouvelles demandes provenant des individus notamment sur la transparence, sont autant de questions auxquelles doivent faire face les deux pays[163]. Là réside tout l'intérêt d'une comparaison : dans la détermination de la façon dont chacun des deux systèmes considère ces problèmes, y fait face et les résout, ou tente de les résoudre. La différence de mentalité et de contexte l'emporte-t-elle ? Ou bien la similitude des problématiques conduit-elle à des solutions identiques ? Il nous paraît clair que les différences dans l'organisation juridique de chacun des pays ne peuvent masquer, d'une part les points de convergence idéologique et de valeurs existants, et d'autre part l'importance que revêt la recherche d'un contrôle adapté de l'administration[164]. Au croisement de ces deux

---

d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit, Société de Législation Comparée, Paris, 1999.
De même pour Constantinesco, « le parallélisme institutionnel n'existe qu'à un grand degré de généralisation et d'abstraction. Lorsque la méthode comparative pousse l'analyse à fond elle constate que le parallélisme institutionnel est souvent seulement de nature formelle » : CONSTANTINESCO (L.-J), *Traité de droit comparé, T. II La méthode comparative,* LGDJ, Paris, 1974, 412 pages, p. 66, et pp. 199-237 (sur l'importance de l'histoire et du contexte dans le droit comparé).
Voir également : HONDIUS (E.), « Les grandes familles de droit : temps pour un enterrement ? », pp. 617-626 in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, *op. cit.*
160. BELL (J.), « De la culture », pp. 247-278 in *Comparer les droits, résolument*, sous la dir. de P. Legrand, PUF, France, 2009.
161. CONSTANTINESCO (L.-J), *Traité de droit comparé, op. cit.*, t. II., p. 88.
162. Notamment, du fait du développement de la régulation administrative, et de la contractualisation, découlant du recul progressif de l'interventionnisme étatique en matière économique : D'ALBERTI (M.), « Administrative law and the public regulation of markets in a global age », pp. 63-77, BARAK-EREZ (D.), « Three questions of privatization », pp. 493-510 et AUBY (J.-B), « Contracting out and 'public values' : a théoretical and comparative approach », pp. 511-523 in *Comparative Administrative Law*, sous la dir. de S. Rose-Ackerman et P. L. Lindseth, *op. cit*.
163. FAIRGRIEVE (D.), GUYOMAR (M.), STIRN (B.), *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, *op. cit.*, pp. 29-30 ; D'ALBERTI (M.), « Administrative law and the public regulation of markets in a global age », pp. 63-77 in *Comparative Administrative Law*, *op. cit*. ; BOUGHEY (J.), « Administrative Law : The Next Frontier for Comparative Law », *op. cit.*, pp. 73-94 ; BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, OUP, Oxford, 2015, 264 pages.
Sur le développement d'une structure administrative complexe dans ces deux pays : DREYFUS (F.), *L'invention de la bureaucratie, servir l'État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIIe-XXe siècle)*, éd. La Découverte, Paris, 2000, 290 pages ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 35-52.
164. Le travail de comparaison porte en lui-même ce problème de l'anticipation de la conclusion. Comme le relevait Marie-Laure Izorche, pour comparer il faut connaître préalablement ; or, la connaissance découle de la comparaison. Dès lors, un sujet de droit comparé se justifie bien souvent alors que la comparaison a déjà commencé et est largement avancée, car son intérêt découle de sa conclusion, et ne lui est pas, véritablement, extérieure et antérieure : IZORCHE (M.-L.), « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *RIDC* 2001, pp. 289-325.

éléments, le rôle des juges prend une place particulière. Il exprime une certaine vision du droit et de la résolution des litiges impliquant un acteur particulier : l'administration.

En cela, l'opposition classique entre famille de droit romano-germanique, dominée par les sources textuelles, et famille de *common law*, caractérisée par un droit avant tout jurisprudentiel, doit grandement être relativisée[165]. Certes, cette distinction permet de refléter un certain état d'esprit des juristes de chaque famille dans leur approche du droit. Pour résoudre un problème juridique, le juriste français est en premier lieu attiré par les textes, là où le juriste anglais se penche vers la jurisprudence. Cette différence de mentalité est importante, mais ne doit pas être surévaluée. Comme l'illustrent les développements précédents, de chaque côté de la Manche, les juges ont un eu, historiquement, une place importante dans l'émergence des recours ici étudiés. De même, et dans les deux pays, les réformes législatives, souvent motivées soit par une volonté de centralisation ou de rationalisation, ont conduit à de profondes mutations. Dès lors, il n'y a pas d'opposition irrémédiable, seulement une différence d'approche dans l'observation des phénomènes juridiques. La construction d'un droit administratif et le développement du contrôle juridictionnel, étudiés tout au long de ce travail, viennent en soutien de cette idée. Il n'est ainsi pas incongru, comme nous l'avons relevé plus haut, que le Président Stirn se demande si le Conseil d'État est une institution « so british ? », question qui reçoit une réponse plutôt positive[166]. À l'inverse, le droit public anglais fait montre de certaines similarités avec le droit continental : l'adoption en 1998 du *Human Rights Act*, introduisant en droit interne la Convention européenne des droits de l'Homme, est un exemple de l'importance contemporaine de la source textuelle. Le débat sur l'introduction d'un *Bill of Rights*, impensable du temps de Dicey, en est encore un exemple patent. L'étude du rôle des juges dans le domaine du contrôle de l'administration participe de ce mouvement de déconstruction des cloisons artificielles posées entre droit français et droit anglais

III. La méthode de comparaison des droits

Le droit comparé, bien qu'étant une discipline jugée particulière, ne peut faire l'économie

165. Pour une telle présentation : DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.), GORE (M.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12e éd., *op. cit*.
Pour une critique de cette approche : HAGUENAU-MOIZARD (C.), *Introduction au droit comparé*, Dalloz-Séquences, 2018, à paraître (chapitre introductif).
166. STIRN (B.), « Le Conseil d'État, so British ? », pp. 815-82 in *Tom Bingham and the transformation of the law, A liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit*.

d'une méthode clairement établie[167]. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il faille découper et détailler chaque étape de la réflexion. Seulement, comme discipline scientifique, la comparaison se doit d'aboutir à des résultats objectifs les plus incontestables possible. Pour arriver à cet objectif quelque peu utopique, il est nécessaire de poser en amont les objectifs poursuivis, mais également l'esprit avec lequel est abordé le travail : il faut pour cela dire ce qu'il a vocation à être et à ne pas être (A.). La mise en exergue de ces éléments se couple de la définition, et de la délimitation du sujet, et là encore permet de dire ce qui sera étudié, et ce qui ne le sera pas (B.).

A. La méthode de comparaison : la nécessité d'une approche rigoureuse

Nous l'avons dit, pour atteindre son but, la comparaison doit s'appuyer sur une méthode rigoureuse si le travail se veut scientifique. À ce titre, plusieurs précisions doivent être apportées tant quant à la forme que quant au fond[168].

Déjà, il faut déterminer le but assigné à la comparaison[169]. Il faut regretter qu'elle ait pu être utilisée pour affirmer la supériorité d'un système sur un autre, souvent d'ailleurs celui de la nationalité de l'auteur. Nous ne prenons pas ici cette voie : il n'y aura aucune conclusion tenant à relever qu'un système est meilleur qu'un autre, préférable voire même plus efficace[170]. Cela n'empêchera pas de dire que tel aspect est plus développé en Angleterre qu'en France, ou inversement. Un tel constat se veut plus objectif que l'affirmation du caractère supérieur, ou préférable. En plus d'entraîner l'auteur sur un terrain glissant et teinté de subjectivité, de telles conclusions nous paraissent manquer de rigueur. L'affirmation de la supériorité d'un mécanisme de contrôle juridictionnel sur un autre occulte nécessairement, de par le champ de l'étude retenue, les autres moyens de contrôle de l'activité administrative, ainsi que les méthodes pour éviter tout

167. Et pourtant, les réflexions sur cette question ne conduisent que rarement à des résultats satisfaisants. Plusieurs courants existent, défendant chacun une méthodologie dépendante, en fait, des buts assignés à la recherche : JALUZOT (B.), « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC* 2005, pp. 29-48.

168. En général : GUTTERIDGE (H.C.), *Le droit comparé, Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, *op. cit.* ; CONSTANTINESCO (L.-J), *Traité de droit comparé, op. cit.,* t. II ; LANDO (O.), « The Worries of a Comparatist », pp. 139-148 in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, *op. cit.* ; IZORCHE (M.-L.), « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *op. cit*. ; FROMONT (M.), « Réflexions sur l'objet et les méthodes du droit comparé », pp. 377-387 in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, *op. cit.*

169. PONTHOREAU (M.-C.), « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC* 2005, pp. 7-27.

170. Le comparatiste doit donc faire preuve d'impartialité, tant envers le système duquel il est issu que celui ou ceux étudié(s) : CONSTANTINESCO (L.-J), *Traité de droit comparé, op. cit.*, t. II., p. 30-33 ; p. 277.
En cela, nous rejetons la méthode utilisée par Serio Galeotti dans son étude comparative du contrôle juridictionnel des autorités publiques en Angleterre et en Italie. Celle-ci se termine par l'affirmation de la « préférence » de l'auteur pour le système italien : GALEOTTI (S.), *The Judicial Control of Public Authorities in England and in Italy*, Stevens & Sons Limited, 1954, 253 pages, p. 248.

contentieux par la voie des moyens alternatifs de résolution des litiges[171]. Un mécanisme se voyant reconnaître une place centrale dans un système juridique pourrait sembler « meilleur » ; au cœur des attentions, il apparaîtrait plus utile et développé, ce qui n'aurait rien d'étonnant. La conclusion serait inutile, car nécessairement très relative et partielle. Tout au plus peut-on dire qu'un système conduit à un contrôle plus poussé ou possède des outils plus précis ; cela ne conduit pas à affirmer qu'il est meilleur, mais seulement différent.

Dès lors, quel but doit poursuivre la comparaison ? En fait, elle peut en poursuivre plusieurs. D'une part, elle permet, bien évidemment, de connaître les systèmes comparés, en faisant ressortir leurs caractéristiques propres. D'autre part, c'est une seconde étape, par principe, la comparaison permet d'en faire ressortir les différences et les points communs. Enfin, car elle ne peut s'arrêter là, la comparaison doit permettre d'expliquer et de comprendre ces ressemblances ou ces divergences, notamment en les étudiant au regard des principes structurants de chaque système juridique. Ainsi, la comparaison acquiert une dimension explicative et permet de porter un regard différent sur son propre système juridique. Ce dernier est réévalué à la lumière des éléments mis en exergue[172]. De là, certaines conclusions pourront être tirées, utiles aux deux systèmes. L'approche ainsi détaillée correspond à une vision plutôt explicative du droit comparé.

En cela, « la comparaison ne consiste pas à mesurer les différences et les ressemblances, mais à donner un sens à cette activité de mesure »[173]. Ces trois étapes n'apparaissent pas formellement dans les développements, mais doivent toujours guider le comparatiste, sous peine de produire un travail inachevé, se limitant à un listage. Le droit comparé ne se présente donc pas uniquement comme une méthode, le restreignant à un aspect formel, mais comme une discipline juridique à part entière permettant la connaissance et pouvant conduire à des critiques d'un système juridique[174].

Dès lors, la comparaison n'a pas nécessairement comme fin de proposer des innovations pour un système. Cette approche utilitariste peut avoir son intérêt, mais elle doit être maniée avec prudence, et dans tous les cas, ne pas être le but ultime de la comparaison[175]. Ainsi, proposer une

171. Ces mécanismes sont plus développés en Angleterre : SUPPERSTONE (M.), STILITZ (D.) et SHELDON (C.), « ADR and Public Law », *PL* 2006, pp. 299-319 ; BOYRON (S.), « The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes : Experiences from England, France and Germany », *PL* 2006, pp. 320-343.
172. C'est ce que Horatia Muir Watt appelle la « fonction subversive » du droit comparé : MUIR WATT (H.), « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000, pp. 203-527.
173. CONSTANTINESCO (L.-J), *Traité de droit comparé, op. cit.*, t. II., p. 24 ; PONTHOREAU (M.-C.), « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *op. cit.*, p. 13.
174. LEGRAND (P.), « Comparative Legal Studies and Commitment to Theory », *op. cit.*, pp. 264-265.
175. Pour une telle critique, voir : DAVID (R.), « le droit comparé, enseignement de culture générale », *RIDC* 1950, pp. 682-685 ; KAHN-FREUND (O.), « On Uses and Misues of Comparative Law », *MLR* 1974, pp. 1-27 ; LEGRAND (P.),

« transplantation » ne doit se faire qu'au regard du système de référence, en entier, et nécessite donc sa pleine connaissance. Ce qui fonctionne dans l'un peut ne pas fonctionner dans l'autre, car le système receveur, disposant d'une culture différente, n'est pas exactement identique[176]. D'autant plus que pensée dans une optique purement utilitariste, la comparaison est partiale et partielle. Elle tend à faire uniquement la promotion des avantages d'un mécanisme ou d'une institution pour appuyer l'idée de « transplantation »[177]. En cela, une approche purement utilitariste prête nécessairement le flanc à la critique du subjectivisme. De plus, et même si l'affirmation relève du truisme, l'utilisation d'un modèle étranger présuppose de le connaître en amont ; l'approche explicative conditionne donc toute démarche comparative. Ainsi, la comparaison doit avant tout se penser comme un travail scientifique (la connaissance est son but premier), les propositions de modification doivent être secondaires (ce qui ne veut pas dire qu'elles ne peuvent pas être importantes), et ne s'opérer que par une certaine forme d'imitation et non de « transplantation »[178]. De même, nous nous écartons de l'idée de Yves Gaudemet selon laquelle « le droit comparé doit d'abord contribuer à renouveler notre propre vision du droit administratif français », le conduisant alors à conclure qu' « en forçant un peu le trait, on serait tenté d'écrire que l'objet du droit comparé, c'est le droit national et non les systèmes étrangers ; que sa finalité est l'approche critique et constructive, non la comparaison »[179]. Un tel état

« À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique », *op. cit.* ; PONTHOREAU (M.-C.), *ibid.*, pp. 8-9 ; « « l'argument de droit comparé » et les processus d'hybridation des droits. Les réformes en droit administratif français », pp. 23-37 in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, sous la dir de F. Melleray, *op. cit.*
Elle se révèle toujours problématique, ce qui pousse souvent les systèmes juridiques à y recourir avec parcimonie, voire sans le dire clairement : GAUDEMET (Y.), « L'exportation du droit administratif français. Brèves remarques en forme de paradoxe », pp. 431-441 in *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, sous la coordination de M. Borgetto, LGDJ, Paris, 1999 ; MELLERAY (F.), « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA* 2004, pp. 1224-1229.

176. Otto Kahn-Freund rappelle que Montesquieu, déjà, se méfiait de l'idée d'une transplantation, au motif que les États ne vivaient pas dans les mêmes conditions géographiques, économiques, sociales... L'auteur reprend cette analyse et en soutient la conclusion, mais au regard des différences de facteurs politiques existants entre les pays : KAHN-FREUND (O.), « On Uses and Misues of Comparative Law », *op. cit*.
Voir : BELL (J.), « De la culture », pp. 247-278 in *Comparer les droits, résolument*, sous la dir. de P. Legrand, *op. cit*.

177. Une telle démarche a été identifiée dans le débat sur l'incorporation d'une déclaration de droit « à l'allemande » au sein du contentieux administratif français : ABDEREMANE (K.), « L'action en déclaration de droit comme argument de droit comparé », pp. 253-282 in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, sous la dir. de F. Melleray, *op. cit.*
Dans le même ouvrage, à propos de la question de la dualité de juridiction en droit comparé, et de sa remise en cause ou de son extension, Sébastien Platon concluait : « l'argument de droit comparé est somme toute, et ce depuis longtemps, un bon moyen de dissimuler ses propres positions sous une apparence de neutralité scientifique, mais qu'en fait l'exemple étranger est le plus souvent utilisé de façon téléologique » : PLATON (S.), « L'argument de droit comparé dans les débats relations à la dualité de juridiction », pp. 339-355, voir p. 355.

178. RIVERO (J.), « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », pp. 619-639 in *Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, *Mélanges W.J. Ganshof Van der Meersch*, t. III., 1972 ; MELLERAY (F.), « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA* 2004, pp. 1224-1229 ; MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », pp. 123-146, notamment pp. 126-136 in *Comparer les droits, résolument*, sous la dir. de P. Legrand, *op. cit*.
Dans tous les cas, l'approche utilitariste nécessite forcément une étude complète du ou des systèmes soutenant la transplantation : GAUDEMET (Y.), « Le droit administratif en France », *RIDC* 1989, pp. 899-905, p. 901 ; BERGE (J.-S.), « La comparaison du droit national, international, européen : de quelques présupposés et finalités », notamment p. 97 in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, *op. cit.*

179. GAUDEMET (Y.), « Le droit administratif en France », *op. cit.,* p. 904 et p. 905.

d'esprit ne peut guider une comparaison ; celle-ci peut conduire à une critique des droits nationaux, mais se pense d'abord comme une mise en perspective d'ordres juridiques différents. Le droit comparé doit donc être considéré en soi, comme discipline, et non pour soi, dans une pure dimension interne. En cela, le travail du chercheur se distingue de celui du juge. Que ce dernier use du droit comparé à des fins utilitaristes n'est pas critiquable et est pleinement logique et justifié. Le juge se doit de trouver une solution à un problème juridique. Le chercheur n'est pas limité à cette seule dimension qui ne représente qu'une partie de son travail.

Malgré cela, il est évident que la comparaison n'est pas, et ne peut être totalement objective. Elle suppose nécessairement des choix, et se veut le reflet d'une certaine conception du droit largement dépendante du système d'origine de l'auteur de la comparaison[180]. Toutefois, ce problème est commun à toute étude juridique, même de droit purement interne. Chaque auteur à sa conception du droit découlant de sa propre expérience, éducation et de l'enseignement reçu. Il est certainement accru en droit comparé, et oblige à toujours tendre vers le plus d'objectivité possible. En cela, orienter dès les prémisses l'étude nous paraît porter un coup quasiment fatal à cette exigence. Pour cela, le strict respect des trois étapes relevées plus haut est nécessaire.

Pour être véritablement utile, le travail de comparaison ne doit pas, selon nous, avoir vocation à être produit à l'adresse d'un public en particulier. Plus précisément, il ne doit pas uniquement s'adresser au lectorat du pays dont est originaire son auteur. Une œuvre de comparaison gagne en intérêt à pouvoir s'adresser aux juristes des pays comparés. Comme le relevait Otto Pfersmann, « d'un point de vue scientifique abstrait, le système national n'a aucun privilège comparatiste par rapport aux autres ordres juridiques »[181]. Il faut donc, pour le comparatiste, entrer dans « un processus de dé- et re-construction »[182]. Ainsi, ce qui pourrait passer pour des rappels inutiles pour un connaisseur d'un des systèmes peut se révéler d'une grande valeur pour un étranger, et utile au travail même de la comparaison[183]. C'est dans cette optique que nous nous inscrivons. Notre travail n'a donc pas vocation à s'adresser aux juristes français uniquement. Il est également tourné vers les juristes anglais, et plus largement vers ceux intéressés par la comparaison de ces deux droits. En cela nous rejetons l'idée selon laquelle « *la comparaison est nécessairement*

180. MONATERI (P. G.), « Éléments de comparaison des études comparatives », pp. 69-98, voir pp. 93-97, MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », pp. 123-146, notamment pp. 137-146 et LEGRAND (P.), « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », pp. 209-244 notamment pp. 213-217 in *Comparer les droits, résolument*, sous la dir. de P. Legrand, PUF, France, 2009.
181. PFERSMANN (O.), « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *op. cit.*, p. 282.
182. PONTHOREAU (M.-C.), *ibid.*, p. 12.
183. *A contrario*, pour Constantinesco, le juriste n'a pas l'obligation de présenter tous les éléments de son droit national comme il le fait pour le droit étranger utilisé, au motif que le premier est connu du public auquel il s'adresse (CONSTANTINESCO (L.-J), *Traité de droit comparé, op. cit.,* t. II., p. 282). Telle n'est cependant pas notre démarche qui s'adresse tant aux juristes français qu'aux juristes anglais.

dissymétrique »[184].

Pour autant, étant opérée par un français, la comparaison se fera en langue française. Les termes anglais seront donc traduits par principe. Toutefois, dans certains cas, lorsqu'aucun terme ne permettra de rendre compte du mot anglais, voire risquerait d'en altérer la compréhension par le lecteur, l'expression anglaise sera préservée[185]. Il en va ainsi de l'expression même de « judicial review » qui pourrait se traduire littéralement par « révision juridictionnelle ». En français, l'expression n'a pas forcément de sens, et ne renvoie à rien de clair dans l'esprit du juriste. Dans ce type de cas, nous préférons préserver l'expression anglaise, mise en italique. L'opération de traduction conduit déjà nécessairement à une perte de sens, elle ne doit pas conduire à sa subversion[186].

Quant au découpage des développements, il doit permettre la conciliation de deux exigences différentes. Il faut à la fois qu'il autorise la comparaison la plus précise possible tout en ne portant pas atteinte à la conception et à l'intégrité intellectuelle des droits étudiés. Cela impose deux procédés. Le découpage des parties doit conduire à différencier la situation française et la situation anglaise le plus tard possible. Si certains travaux de droit comparé se structurent par des développements pays par pays, il nous semble ici plus pertinent de mettre en relief des problématiques communes pour ensuite étudier la réponse de chacun des systèmes[187]. Toutefois, l'architecture doit respecter l'intégrité intellectuelle de chacun des droits, ce qui limite parfois une différenciation tardive afin de conserver la logique de chaque mécanisme. De même, nous rejetons ici la méthode utilisée par Spyridon Flogaïtis dans sa thèse *Administrative Law et Droit Administratif*[188]. Dans ses derniers développements, l'auteur traite des cas d'ouvertures de la *judicial review* et du recours pour excès de pouvoir en adoptant la classification française. Une telle approche ne permet pas de rendre compte de l'organisation anglaise, et porte préjudice à la rigueur

184. FROMONT (M.), « Réflexions sur l'objet et les méthodes du droit comparé », voir p. 381 in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, *op. cit.* (c'est l'auteur qui souligne).

185. Sur la difficulté à traduire l'anglais juridique, notamment car il est issu de la pratique : DAVID (R.), « Le droit continental, la common law, et les perspectives d'un *jus commune* européen », voir pp. 120-121 in *New perspectives for a common law of Europe/Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe, op. cit.* ; PFERSMANN (O.), « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *op. cit.*, pp. 283-286.
Pour la défense de cette méthode : CONSTANTINESCO (L.-J), *Traité de droit comparé, op. cit.*, t. II., p. 143 ; LEGRAND (P.), « Pour le common law », *RIDC* 1992, pp. 941-947 ; « À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique », *op. cit.*, pp. 880-882.

186. MORETEAU (O.), « Les frontières de la langue et du droit : vers une méthodologie de la traduction juridique », *RIDC* 2009, pp. 695-713.

187. Par exemple, la thèse de Luc Heuschling ne sera pas prise comme modèle ici. Celle-ci est divisée en trois parties, chacune traitant d'un des États retenus : HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, thèse, 2002, Dalloz, Paris, 739 pages.
De même, la thèse de Georges Xynopoulos se structure en deux parties, mais chacune d'elle se compose de trois titres portant chacun sur l'un des systèmes étudiés : XYNOPOULOS (G.), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre,* LGDJ, Paris, 1995, 463 pages.

188. FLOGAÏTIS (S.), *Administrative Law et Droit Administratif*, LGDJ, Paris, 1986, 247 pages, pp. 181-202.

du travail qui en découle. Elle ne respecte pas la situation du droit étranger, et crée artificiellement des ponts entre les deux systèmes. Dans ce type de situation, nous préférons préserver les classifications française et anglaise, pour les présenter alternativement et tirer des conclusions au fil des développements.

Enfin, pour terminer sur la méthode, et plus particulièrement sur les ressources employées, notre travail reposera beaucoup sur l'étude d'arrêts français et de jugements anglais[189]. Pour ce qui est de ceux rendus par le Conseil d'État, aucun problème particulier ne se pose. En revanche, pour les jugements de la Cour Suprême, et de la Chambre des Lords avant le 1er octobre 2009, certains de ceux utilisés pourront ne pas porter sur la *judicial review* ou sur l'Angleterre[190]. C'est que, en effet, la Cour Suprême ayant à juger des affaires provenant également du Pays de Galles, d'Écosse et d'Irlande du Nord, voire d'autres pays du *commonwealth*, certaines *judicial review* concerneront ces pays. L'objet de l'étude portant uniquement sur l'Angleterre, ces jugements seront en principe exclus, car ils s'intègrent dans des systèmes juridiques quelque peu différents. Mais, dans certaines des décisions rendues pour ces pays, et du fait du caractère discursif des jugements, les juges peuvent insérer des propos pertinents pour la *judicial review* concernant l'Angleterre. Dans ce cas, ces décisions pourront être utilisées, dans la mesure où elles sont pertinentes au regard de la teneur des jugements et du traitement qui en est fait par les auteurs anglais, et ce, même si la résolution du litige n'intéresse pas le droit anglais *stricto sensu*. Ce problème ne se pose pas pour les jugements de la Haute Cour de Justice (qui connaît en premier des demandes de *judicial review*) ni de la Cour d'Appel, qui sont propres aux systèmes Anglais et Gallois, ce dernier étant similaire au premier[191]. Pour les mêmes raisons, certains jugements ayant été prononcés dans des cas autres qu'une affaire de *judicial review* pourront être utilisés[192]. La porosité beaucoup plus forte entre les différents droits et voie de recours au Royaume-Uni autorise, et rend nécessaire, une prise en compte plus large du matériau que constituent les jugements.

189. Sur l'intérêt de l'emploi de la jurisprudence dans un travail de comparaison : MARKESINIS (B.S), « L'enseignement du droit comparé sous l'éclairage de la jurisprudence », *RRJ* 1985, n°3, pp. 866-887 ; « Comparative Law - A Subject in Search of an Audience », *MLR* 1990, pp. 1-21.

190. MALLESON (K.), « The Evolving Role of the UK Supreme Court », *PL* 2011, pp. 754-772 ; DUFFY-MEUNIER (A.), « La Cour suprême au Royaume-Uni après le Constitutional reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *RIDC* 2012, pp. 681-734 ; Lord Reed, « La Cour suprême du Royaume-Uni et les droits fondamentaux », *AJDA* 2017, pp. 211-216.

191. Pour une présentation générale de l'organisation de la justice au Royaume-Uni, voir : SUTER (J.), YOUNG (F.) et EMBLEY (P.), « Royaume-Uni » pp. 603-649 in *Les juridictions des États membres de l'Union européenne. Structure et organisation*, sous la dir. de la Cour de Justice des communautés européennes, Luxembourg, 2009.

192. Un arrêt délivré au terme d'une procédure de *judicial review* se reconnaît à la formulation qui lui est donnée. Jusqu'en 2000, il était mentionné sous la forme « R. v. *partie défenderesse*, ex p. *nom du requérant* [année] recueil et page » ; depuis 2000, les jugements se retrouvent sous la forme « R. (on the application of *nom du requérant)* v. *partie défenderesse* [année] recueil et page ».

Ainsi exposé, le sujet apparaît de prime abord assez général et abstrait. Il faut désormais en préciser davantage les contours. En particulier, le sous-titre, mis de côté plus haut, permet ici de rétrécir la focale, mais également d'en augmenter la précision, et ce, afin d'accroître l'intérêt de la comparaison franco-anglaise quant au rôle des juges. À ce titre, le choix du recours pour excès de pouvoir et de *judicial review* n'est pas anodin.

B. Définition des termes et délimitation du sujet

Pour avoir un intérêt scientifique, notre étude comparative se doit de concilier deux éléments contradictoires. Il faut avoir un point de vue assez large pour parvenir à une conclusion elle-même empreinte d'une certaine généralité. Une étude trop précise, sur un point particulier, risquerait de conduire à une vision trop restrictive d'un problème bien plus grand. Il faut donc, en somme, prendre une forme de hauteur. Toutefois, cela ne doit pas conduire à l'excès inverse. Une étude trop générale risquerait de perdre en intérêt, par manque de précision et par un surplus d'abstractions confinant le travail à un exposé de principes généraux. Sans considérer le droit comparé comme une entreprise destinée uniquement à s'inspirer des solutions étrangères pour résoudre des questions nationales, il se doit cependant de s'ancrer dans la réalité.

Pour ce faire, le sujet a été formulé de la manière suivante : « le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative », titre auquel a été adjoint le sous-titre « étude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* ». Avant de préciser le sens des termes retenus, et le champ précis de la recherche, il faut relever que la composition en deux parties du sujet permet la conciliation entre une certaine nécessité de généralité, sans exclure une étude précise du concret. Il aurait été impossible, et de peu d'intérêt, de prendre en compte toutes les hypothèses de contrôle et de recours par la voie juridictionnelle. Le choix du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* n'est pas anodin[193]. Nous l'avons vu, leur développement et leur consécration au sein des ordres juridiques français et anglais ont permis de leur attribuer une place centrale et particulière dans le contrôle de l'administration.

L'intitulé principal se compose donc de deux parties : « le rôle des juges » et « le contrôle de l'activité administrative ». Il faut ici expliquer le choix de ces deux éléments.

193. En se centrant sur le recours pour excès de pouvoir, l'étude exclut au principal le contentieux de la responsabilité, même s'il pose une question de légalité

Il sera ici question du « rôle des juges » et non uniquement du « contrôle juridictionnel ». La première expression a un double intérêt. En premier lieu, elle permet de ne pas confiner l'étude au seul examen de la façon dont les juges veillent au respect de la légalité. Il en sera bien évidemment question, mais cela ne représente qu'un élément du rôle des juges. Dès lors, par cet ensemble de mots, il faut entendre tant le contrôle en lui-même, que l'émergence des outils de contrôle, leur régime, ainsi que l'étendue et les conséquences du contrôle[194]. En cela, l'étude se veut globale. En second lieu, l'idée de « rôle » permet de s'intéresser à la place tenue par les juges dans leur système juridique, notamment vis-à-vis des autres pouvoirs. Il tient tant à ce que l'on peut attendre des juges, que ce qu'ils font réellement. En ne se limitant pas uniquement au « contrôle juridictionnel », le présent travail a vocation à s'intéresser à ces problématiques communes à la France et à l'Angleterre.

Étant entendu qu'il s'agit ici d'une œuvre de droit administratif comparé, l'objet principal du contrôle est bien l'administration. Là se pose le premier vrai problème sémantique. Il est nécessaire de trouver une expression exprimant une idée commune, sans la dénaturer. Or, d'une part, parler d' « administration », de personne publique ou d'organe public ne renvoie pas nécessairement à la même idée dans les deux pays. Et, d'autre part, et nous le verrons dans le corps du travail, parler d' « administration » risque de donner une connotation organique au champ des recours, là où, en fait, ce sont plutôt des éléments matériels qui l'emportent. Les juges ne contrôlent pas forcément un organe parce qu'il a telle nature, mais parce qu'il exerce telle fonction, telle activité. De même, il n'est pas possible de parler d' « acte administratif » ici, pour deux raisons. D'abord, l'expression n'existe pas en Angleterre, du fait de l'absence d'une typologie des actes. Ensuite, l'expression est utilisée en France pour parler de ceux des actes qui sont unilatéraux, et exclut ainsi les contrats. Or, la question de la soumission des contrats publics à la *judicial review* est très prégnante, et ne peut être ici exclue. L'expression « activité administrative » est assez large et neutre pour correspondre utilement aux deux systèmes.

Ici, l'étude s'intitulant « le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative » concernant en premier lieu la place tenue par les juges dans la mise en place et l'utilisation d'outils appropriés permettant de faire respecter les bornes de la légalité lorsqu'un organe exerce une activité considérée comme administrative au sens que la jurisprudence donne à cette expression.

194. En cela nous nous inscrivons dans l'optique énoncée par Lord Bingham d'une comparaison quant au pouvoir discrétionnaire des juges anglais et français dans l'adaptation du régime des recours, quant à l'intérêt à agir, les délais ou les solutions retenues : Lord Bingham, « Should public law remedies be discretionary ? », *PL* 1991, pp. 64-75 (voir la note numéro 3).

IV. Intérêt du sujet et problématique

L'étude historique a permis de mettre en évidence la longue histoire qui a donné naissance au recours pour excès de pouvoir et à la *judicial review.* Elle a surtout permis de constater une certaine proximité entre eux : leurs origines, largement dépendantes du pouvoir central et leur développement marqué par les périodes révolutionnaires. La mise en parallèle des deux recours est donc largement possible et pertinente. La mise en exergue de leur comparaison ne peut toutefois se limiter à cette première. Il faut aller plus loin. Il n'est pas ici question d'arguer de la ressemblance de ces deux recours, mais uniquement de souligner qu'ils possèdent chacun des traits caractéristiques qui autorisent leur comparaison, et la rendent digne d'intérêt (A.). Il sera alors possible d'énoncer les problématiques qui structureront ce travail (B.), et le plan permettant de les résoudre (C.).

A. Intérêt du sujet : la comparaison de recours aux caractéristiques particulières

Dire que le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* ont des caractéristiques particulières ne doit pas conduire à conclure qu'ils reflètent une conception absolument identique du rôle des juges. À ce stade, leur histoire permet de mettre en exergue que chacun de ces outils possède, des traits distinctifs permettant un certain rapprochement (1.), mais également qu'ils se distinguent quant à leur nature (2.). En somme, ils poursuivent un but similaire, mais ils renvoient à deux conceptions, en partie dissemblables, du rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative. Or, quelle que soit cette conception, elle est dans les deux cas aujourd'hui largement sous tension. Les motifs en sont différents, mais l'enjeu reste le même : la légitimité des juges, exerçant leur rôle par le biais de ces recours, n'est plus totalement assurée (3.).

1. Les traits caractéristiques des recours, signes de leur autonomie au sein des ordres juridiques

Le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* possèdent chacun des traits qui les rendent originaux au sein de leur ordre juridique respectif, justifiant l'intérêt particulier que leur confèrent la doctrine et la jurisprudence. Ceux-ci découlent de l'histoire, et s'ils ont en partie évolué, comme nous le verrons, il est utile de les mettre en exergue pour comprendre le rôle originel qu'y tiennent les juges. Ainsi, le premier se présente largement comme fondé sur le principe hiérarchique

administratif, et s'est vu originellement conféré comme but de contrôler l'administration subordonnée (a.). Quant à elle, la *judicial review* est profondément marquée par ses origines royales. Elle aussi s'est également vu confier, très tôt, le contrôle de l'administration locale (b.).

a. Le recours pour excès de pouvoir : un recours fondé sur le principe hiérarchique administratif dans un but de surveillance de l'administration subordonnée

L'histoire retracée jusqu'ici du recours pour excès de pouvoir fait ressortir deux éléments prépondérants.

En premier lieu, comme le montrent les termes de la loi des 7 et 14 octobre 1790, le roi connaît des réclamations d'incompétence en tant que « chef de l'administration générale ». La fonction du roi, supérieure hiérarchique de l'administration, justifie cette fonction[195]. Les origines hiérarchiques du recours pour excès de pouvoir semblent avoir été mises en évidence surtout sous le Second Empire. Durant cette période, « les traits hiérarchiques du contrôle furent […] particulièrement accentués [...] »[196]. On retrouve cette idée chez certains commissaires du Gouvernement. Notamment Pierre De Belbeuf, en 1868, considère que le recours pour excès de pouvoir est l'expression « du droit qui appartient à l'Empereur, *comme chef suprême de l'administration*, de surveiller les agents placés sous ses ordres et de réprimer, au besoin, ceux de leurs actes qui auraient été faits en dehors de leurs attributions »[197]. Même après la loi du 24 mai 1872, venue déléguer la justice au Conseil d'État et reconnaître expressément l'existence du recours pour excès de pouvoir, la comparaison entre ce dernier et le recours hiérarchique n'a pas cessé[198].

195. CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Sirey, Paris, 1920, 837 pages, p. 806 ; LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, *op. cit.*, pp. 57-61 ; LOSCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, pp. 44-54 : l'auteur note que le contrôle opéré par le juge administratif sur l'action administrative « dépasse souvent un simple contrôle de légalité pour confiner à un contrôle d'opportunité qui fait du juge le supérieur hiérarchique de l'Administration » (p. 53).

196. BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité, op. cit.*, p. 82.

197. Conclusion sur CE, 19 décembre 1868, *Ridel*, rec. pp. 1053-1056 (p. 1054. C'est nous qui soulignons). Voir la note de Hauriou sous les arrêts *Marc, Gavignot et Verny*, rendus par le Conseil d'État le 5 juin 1908, (*Sirey* 1909.3.113, notamment p. 115).

198. Alors que certains ont pu craindre que la proximité du recours pour excès de pouvoir et du recours hiérarchique ne mène à l'abolition du premier en 1872 (voir LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* 2e éd., *op. cit.*, t.I., pp. 273-274), d'autres n'ont pas hésité à mettre en évidence la « parenté » entre recours pour excès de pouvoir et recours hiérarchique (selon la formule de Maurice Hauriou dans sa note sous CE, 26 juin 1908, *Daraux*, *Sirey* 1909. III, pp. 129-130).
La doctrine aussi a entretenu cette filiation : JACQUELIN (R.), *Une conception d'ensemble du droit administratif*, V. Giard et E. Brière libraires-éditeurs, Paris, 1899, 32 pages, p. 13-14, et pp. 31-32. Sur l'œuvre de René Jacquelin, voir : LAIDIE (Y.), « Relire un contempteur de la justice administrative sous la IIIe République : la rhétorique de Jacquelin », *RFDA* 2013, pp. 783-792, notamment pp. 790-791.
Voir aussi la position initiale de Duguit (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, Paris, 1901, 623 pages, p. 581) qui considérait le recours pour excès de pouvoir comme étant matériellement administratif, avant de revoir sa position en 1906 (« L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, pp. 413-471, notamment pp. 446-452 et pp.

D'ailleurs, des commissaires du Gouvernement n'ont pas hésité, au début du XXe siècle, a affirmé le caractère hiérarchique du contrôle exercé par le Conseil d'État par le biais du recours pour excès de pouvoir, dans leurs conclusions[199].

En second lieu, le recours pour excès de pouvoir s'est développé lorsque le chef de l'État a souhaité que soit exercé un contrôle plus important sur l'administration subordonnée. Ce but se retrouve exprimé avant le XIXe siècle. Ainsi comme l'affirme Jean-François Brisson, « l'idée qu'il est un principe de bonne administration que les abus de pouvoir des administrateurs actifs puissent être censurés par l'autorité hiérarchique se retrouve […] dans les législations révolutionnaires où elle est organisée avec un luxe de détails »[200]. Le commissaire du Gouvernement L'Hopital résume parfaitement ce lien entre justice retenue et développement du recours pour excès de pouvoir dans ses conclusions sur l'arrêt *Andigné de Resteau*. Il y affirme ainsi que le recours pour excès de pouvoir « a pour raison d'être, un intérêt politique de premier ordre, la nécessité pour le chef du gouvernement de connaître et de corriger immédiatement les excès de pouvoirs »[201]. Cela apparaît aussi clairement chez Maurice Hauriou, l'arrêtiste affirmant que « le recours pour excès de pouvoir est un moyen de nullité objectif, organisé dans un but de bonne administration »[202]. Le recours pour excès de pouvoir est originellement tourné vers l'administration, pour censurer les illégalités commises, mais également pour en améliorer l'action. Le juge de l'excès de pouvoir ne se présente donc pas uniquement comme extérieur à l'administration, mais occupe ce rôle ambivalent de « supérieur hiérarchique », de censeur et de protecteur. C'est une donnée importante dans sa compréhension et dans l'étude tant de son régime juridique que du contrôle que le juge opère par son biais. Pour ne prendre qu'un exemple topique, le décret du 2 mai 1864 en facilite l'exercice, car

462-471).
SANDEVOIR (P.), *Études sur le recours de pleine juridiction, op. cit.*, pp. 374-377 : l'auteur fait découler la compétence du Conseil d'État concernant le recours pour excès de pouvoir de la séparation des fonctions. Ainsi, c'est parce que la fonction administrative est distincte de la fonction judiciaire que le recours en contestation de la légalité des actes administratifs est porté devant le Conseil d'État comme supérieur hiérarchique.

199. DUBISSON (M.), *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, thèse, LGDJ, Paris, 1958, 281 pages, pp. 41-44 ; LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, *op. cit.*, pp. 68-69, p. 78, p.165 et p. 192 ; REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, Economica, Paris, 1992, 389 pages, pp. 281-282.
Pour l'assimilation entre juge administratif et autorité administrative, voir : CARRE DE MALBERG (R.), *ibid.*, t. I, pp. 773-777 ; BATAILLER (F.), *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, *op. cit.*, p. 651 (« Le Conseil d'État est […], autant un administrateur qu'un juge. »).

200. BRISSON (J.-F.), *Les recours administratifs en droit public français*, *op. cit.*, p. 55.
Voir : DUVERGIER (J.-P.), *L'Instruction sur la formation des assemblées représentatives et des corps administratifs* (8 janvier 1790), Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements et Avis du Conseil d'Etat, Paris, 1824 (voir le § V (Éclaircissements sur les vingt derniers articles de la section II du décret concernant l'organisation des corps administratifs)).

201. CE, 9 février 1865, *d'Andigné de Resteau*, rec. p. 171, citation p. 173 (C'est le commissaire du Gouvernement qui souligne).

202. Dans sa note sur l'arrêt *Ville d'Avignon* rendu par le Conseil d'État le 8 décembre 1899 (*Sirey* 1900.3.74).
De même : HAURIOU (M.), *Précis élémentaire de droit administratif*, 4e éd., refondue par André Hauriou, Sirey, Paris, 1938, 597 pages, p. 258.

il permet précisément d'aider l'administration centrale dans son action et son organisation. Le lien entre régime juridique et conception du recours apparaît clairement.

b. La *judicial review* : la supervision royale de l'administration locale

Là aussi, deux éléments ressortent avec une force particulière.

La première caractéristique des *prerogative writs* est d'importance, puisqu'elle concerne les origines royales de ce recours : ils sont des actes délivrés au nom du Roi. Certes, ce n'est pas une qualité qui leur est propre puisqu'elle est commune à tous les *writs*, et découle de la maxime « le Roi est fontaine de toute justice »[203]. Mais ce lien est longtemps resté un marqueur du *certiorari*, de la *prohibition* et du *mandamus*, puisqu'ils en tirent leur dénomination de *prerogative writs*. Aujourd'hui encore, il n'est pas rompu. D'une part, le contrôle de *judicial review* est opérée par la Division du Banc de la Reine. D'autre part, en *judicial review*, c'est la Reine qui est réputée engager l'action contre l'administration[204].

La seconde caractéristique est plus singulière. Ce sont des outils qui ont vocation à assurer la bonne gestion du royaume. Certes, dans un premier temps, les *prerogative writs* servent à assurer la prédominance des cours royales sur les cours concurrentes. Mais, dans un second temps, dès le XVIIe siècle, ils vont servir de voie de contrôle de l'administration locale. La mission primaire de cette Cour est de garantir les droits du Roi en veillant à la soumission des juridictions locales à la *common law*. Or, c'est le même esprit qui guide les juges lorsqu'ils vont étendre leur contrôle sur les juges de paix : il s'agit de les contrôler et de veiller à ce que leurs actes respectent la *common law*. la cour a acquis une autorité, une légitimité et des pouvoirs du fait de sa gestation prolongée auprès du Roi et de son rôle originel en sa faveur. Ce sont ces éléments qui ont pu justifier sans crainte la soumission des juges de paix à un contrôle purement judiciaire et non à un contrôle administratif par le Conseil du Roi. Ainsi, comme le résume Sir Louis Blom-Cooper QC, les trois principaux *writs* ont comme objet « (1) d'assurer une administration gouvernementale efficace ; (2) maintenir la

203. TIXIER (G.), *Le contrôle judiciaire de l'administration anglaise. Contentieux de la légalité*, *op. cit.*, p. 25 ; HOLDSWORTH (W.), *A History of English Law*, *op. cit.*, vol IX., p. 8 ; GARNER (J. F.), *Administrative Law*, 1ere éd., Butterworths, Londres, 1963, 408 pages, p. 142 ; VAN CAENEGEM (R.C), *The Birth of the English Common Law*, Cambridge University Press, 2nd ed., 1988, 160 pages, pp. 33-35 ; FRISON (D.), *Histoire Constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p. 68 ; DAVID (R.), *Le droit anglais*, *op. cit*, p. 11 ; WARD (R.) et WRAGG (A.), *English Legal System*, 9e éd., Oxford University Press, Oxford, 2005, 728 pages, p. 205 ; HARVEY (M.), KIRBY-LEGIER (C.), CHARRET-DEL BOVE (M.), *Droit anglais et droit américain*, Armand Collin, Paris, 2011, 192 pages, pp. 15-17. D'ailleurs, c'est cette maxime qui a fondé le développement de l'*equity*, système conçu comme étant une demande faite au Roi, fontaine de justice, pour veiller au bon fonctionnement de la justice dans le pays.

204. Cela explique la formulation des arrêts anglais qui concernant la *judicial review* sous forme de : R. (sur demande de X) v. l'autorité publique défenderesse. Ici le « R » signifie « Regina » c'est-à-dire la Reine. On le voit, c'est bien au nom de la Reine que l'action est engagée, même si cela est évidemment fictionnel.

hiérarchie des cours et des autres manifestations de l'administration gouvernementale, notamment sur les autorités locales et sur les corps créés par la loi »[205]. Dans ce but, leur ouverture croissante aux individus n'est pas sans arrière-pensées puisque « la Couronne a, dès les premiers temps de ce pouvoir, conféré ses prérogatives légales aux citoyens dans le but qu'ils participent à l'objectif d'avoir une action gouvernementale bonne et légale »[206]. Cette citation n'est pas sans faire résonance avec le rôle du décret du 2 mai 1864 en France. L'idée de hiérarchie et de bon fonctionnement du système se retrouve bien exprimée dans les descriptions que font les auteurs anglais du fonctionnement des *prerogative writs*: le plus souvent ils sont présentés comme des moyens de « supervision » des cours *supérieures* sur les tribunaux et cours *inférieures*[207], et comme permettant d'assurer une mission de « superintendance » sur le travail des agents[208].

On retrouve dans ces développements des traits similaires à ceux du recours pour excès de pouvoir. Ce sont des recours qui s'appuient en premier lieu sur la Couronne et le chef de l'État et qui découlent de leur pouvoir de supérieur hiérarchique. Mais ce sont aussi, et surtout pourrait-on dire, car c'est là que se situe leur spécificité, des recours qui permettent de veiller à ce que l'administration respecte le droit et remplisse correctement sa mission ; en cela, ils garantissent le respect de la légalité. Cette double caractéristique rend la comparaison possible, et lui donne un intérêt particulier au regard des enjeux contemporains auxquels doivent faire face les juges. Avant cela, il est toutefois nécessaire de ne pas se tromper : les deux recours se distinguent nettement quant à leur nature respective.

---

205. BLOOM-COOPER (L.), « Judicial Review : its Provenance and Scope », pp. 23-30, p. 24, in *Judicial review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.*.

206. *idem*.

207. DE SMITH (S.A.), *Judicial Review of Administrative Action*, 3e éd., Stevens & Sons, 1973, Londres, 549 pages, 22-23 ; BAKER (J.H.), *An Introduction to English Legal History,* 4e éd., *op. cit.*, p. 135 et p. 143.
Dans la cinquième édition du manuel du Professeur De Smith, les auteurs assimilent la compétence de la Cour en *judicial review* à une compétence de supervision : DE SMITH (S.A), WOOLF (H.K.), JOWELL (J.), *Judicial review of administrative action*, 5e éd., *op. cit.*, p. 24. Voir également : WOOLF (H.K.), JOWELL (J.),LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial review*, 6e ed., *op. cit.*, pp. 8-9.
Voir aussi pour l'utilisation du terme « supervision » : KINDER-GEST (P.), *Droit anglais*, t. I, 3e édition, LGDJ, Paris, 1997, 622 pages, p. 345 ; HARVEY (M.), KIRBY-LEGIER (C.), CHARRET-DEL BOVE (M.), *Droit anglais et droit américain*, *op. cit.*, p. 31 et p. 33.
Les juges anglais se font aussi l'écho d'une telle vision : voir notamment l'opinion de Banks L.J dans l'affaire *R. v. Electricity Commissioners, ex p. London Electricity Joint Committee Co (1920) LTD* ([1924] 1 KB 171) qui affirme qu'« originellement le writ [de prohibition] était délivré uniquement contre les cours inférieures » (p. 193).

208. Selon les termes de William Holdsworth : HOLDSOWRTH (W.), *A History of English Law*, *op. cit.*, vol I., p. 226. De même : BONNARD (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, *op. cit.*, p. 131 ; JAFFE (L. L.) et HENDERSON (E. G.), « Judicial Review and the Rule of Law : Historical Origins » , *op. cit.*, 361 ; RUBINSTEIN (A.), « On the origins of judicial review », *op. cit.*, p. 4 ; BOWES (A.) et STANTON (J.), « The Localism Act 2011 and the general power of competence », *PL* 2014, pp. 392-402, p. 401.

2. Des recours toutefois de nature différente

Il n'est pas ici question, ni dans cette introduction, ni dans l'ensemble de ce travail, d'arguer de la complète ressemblance entre le recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review*. Bien au contraire, des différences fondamentales existent et seront relevées tout au long des développements. Elles sont tout aussi importantes que les similitudes déjà notées, car malgré les dissemblances, les juges exercent un contrôle dont les problématiques et les enjeux sont très semblables.

Déjà, une grande différence apparaît ici fondamentale. Par la voie du recours pour excès de pouvoir, le juge administratif français exerce un rôle qui le rapproche de l'administrateur. Matériellement, le recours pour excès de pouvoir a longtemps été assimilé par certains auteurs à un recours de nature administrative. De ce point de vue, le Conseil d'État se comporte plus comme le supérieur de l'administration que comme son juge, justifiant qu'il dispose d'un pouvoir d'annulation[209]. Raymond Carré de Malberg peut ainsi affirmer que « l'annulation d'un acte administratif est elle-même une opération de nature administrative »[210]. Cela ne signifie pas que le recours pour excès de pouvoir soit un recours administratif. Il est bien un recours juridictionnel en ce qu'il est l'expression d'une fonction juridictionnelle, en son sens formel[211]. Cependant, par son origine et par l'office du juge, il est un recours original qui rapproche le juge administratif de l'administrateur. Pour preuve, le repli des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir à la seule annulation des actes de l'administration au XIXe siècle est un corollaire de la séparation du juge et

209. BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, *op. cit.*, pp. 81-103. L'auteur y voit l'expression des origines du recours pour excès de pouvoir, tant son lien avec le principe hiérarchique qu'avec le recours en cassation. Le Professeur Blanco parle en effet de la dimension « cassatoire » du recours pour excès de pouvoir. Les deux idées ne sont pas incompatibles, puisque l'on retrouve évidemment le principe hiérarchique dans le recours en cassation.
Voir aussi : BONNARD (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, 1934, Ré-édition Dalloz, 2006, 266 pages : l'auteur met ici clairement en évidence que l'annulation est un pouvoir qui ressort de la fonction administrative et qu'il a été confié au juge administratif, car il est l'héritier du supérieur hiérarchique (voir pp. 99-100 et pp. 119-120) ; LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, *op. cit*., p. 165.
210. *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 806.
211. Voir notamment les développements très clairs sur cette question de Jacques Chevallier : *ibid.*, pp. 263-267.
Maurice Hauriou considère que « ce recours est contentieux *parce qu'il est porté devant un juge public*, le Conseil d'État, *qu'il est jugé selon les formes contentieuse*s et qu'il *aboutit à une décision juridictionnelle ayant l'autorité de la chose jugée*, mais, *en soi*, il est un *recours hiérarchique* porté primitivement devant le roi, qui en confiait l'examen au Conseil et qui, ensuite, est devenu contentieux » (*Précis élémentaire*, 4e éd., *op. cit*., p. 257. C'est nous qui soulignons ; voir également, pp. 258-259).
Comme le résume Carré de Malberg, « depuis 1872, [l'annulation] est prononcée par le Conseil d'État statuant à titre juridictionnel. Peut-on dire pour cela que la décision qui annule, ait changé de nature intrinsèque ? Assurément non […]. L'acte était administratif avant 1872 : si aujourd'hui il est considéré comme juridictionnel, ce ne peut-être que par une raison de forme » (*Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, t. I., pp. 806-807).
Voir aussi : REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, *op. cit.*, pp. 187-192.

de l'administration qui trouve son point d'orgue avec la loi du 24 mai 1872[212]. Ces différents éléments expliquent en grande partie la faible réticence du juge administratif à porter son regard sur le fond des actes administratifs. Il ne se limite pas seulement à veiller au respect des règles formelles et procédurales. Il agit à la manière d'un administrateur en entrant dans les considérations de fond de l'acte administratif qui lui est soumis.

À la différence du recours pour excès de pouvoir, la *judicial review* est plus en lien avec la fonction judiciaire. En premier lieu, le juge anglais opère aussi comme autorité supérieure puisque la Cour du Banc de la Reine est historiquement au-dessus des autres cours et a pour mission de les contrôler. En Angleterre, la *judicial review* a été, jusqu'à récemment, assimilée à un recours portant sur les actes juridictionnels et quasi-juridictionnels, et seulement sur ces actes. En effet, elle se définit comme la procédure « établie par la *common law*, [dans le] but de maintenir les autorités judiciaires à leur place et de sanctionner leur *misconduct* éventuelle »[213]. Dit autrement, la compétence historique de la Cour du Banc du Roi a été développée par « l'adaptation de certains writs judiciaires pour étendre la judicial review sur tous les organes exerçant des fonctions judiciaires ou quasi-judiciaires »[214]. La *judicial review* est un moyen de contrôle qui s'est développé sur les cours inférieures, ainsi que sur les juges de paix et donc essentiellement sur des fonctions exécutées de façon judiciaire. Dès lors, il n'est pas étonnant que les juges aient récemment admis que la *judicial review* est ouverte contre certaines décisions du *Upper Tribunal*[215]. Cette compétence, héritage direct de l'histoire de la Cour du Banc du Roi, reflète une certaine analogie possible avec le recours en cassation[216].

Ainsi, le contrôle des juges anglais s'est formé dans le moule de la hiérarchie juridictionnelle, et non pas administrative. La *judicial review* est ainsi bien plus un contrôle de

212. CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, op. cit.*, pp. 188-191; pp. 277-278 ; BLANCO (F.), *ibid.*, pp. 107-134, pour qui « le passage de la justice retenue à la justice déléguée est venu simplement conforter une évolution en marche » (p. 134).
213. DAVID (R.), *Le droit anglais*, 10e éd., *op. cit.*, p. 55. On peut ici traduite « misconduit » par « mauvaise conduite ». Pour Patricia Kinder-Gest, les *prerogative writs* « constituent le moyen par lequel la Haute Cour s'assure que les tribunaux, les cours inférieures et les personnes publiques respectent la loi, agissent avec impartialité et justice, sans dépasser leur compétence » (*Droit anglais*, 3e éd., *op. cit.*, p. 344).
214. BAKER (J.H), *An Introduction to English Legal History*, *op. cit.*, p. 144.
215. *R. (on the application of Cart) v. Upper Tribunal* [2011] UKSC 28.
C'est aussi une procédure qui permet aux cours dites supérieures (Haute Cour, Cour d'Appel et Cour Suprême) de connaître des décisions des cours inférieures. Ainsi, dans les matières criminelles décidées par les cours inférieures, les décisions prises peuvent être contestées devant l'*Administrative Court* par voie de *judicial review.*
216. PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, thèse, Dalloz, 2013, 1293 pages, p. 24 : « l'essor de l'Administration et la multiplication des hypothèses dans lesquelles celle-ci prenait des décisions violant un droit subjectif ont amené les juridictions anglaises à devoir adopter un critère fonctionnel de la juridiction afin d'étendre leur contrôle à des actes organiquement administratifs », et de préciser que « cette évolution fait d'ailleurs penser à la lente séparation, en France, du recours en cassation et du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État qui accompagne la séparation des notions de juridiction et d'Administration ».

nature judiciaire. De plus, à la différence du juge de l'excès de pouvoir français, le juge anglais a hérité des nombreux pouvoirs qu'il détenait sur les cours inférieures comme autorité supérieure et n'est donc pas limité à l'annulation de l'acte[217]. Il peut rendre des injonctions, des ordres et des déclarations contre l'administration, mais ils ne peuvent se substituer à elle et décider à sa place. En cela, la *judicial review* se distingue de l'appel, procédure juridictionnelle ouverte par la loi contre certaines décisions, et qui autorise les juges à prendre une décision à la place de l'autorité mise en cause. Le contrôle sur le fond de l'acte paraît faible, mais les possibilités ouvertes au juge pour rétablir la légalité sont plus grandes que celles du juge de l'excès de pouvoir : le juge anglais est bien un juge à part entière, loin, semble-t-il, de l'idée de juge-administrateur.

3. Des recours sous tension

Ces recours font jouer un rôle particulier aux juges. Leur différenciation par rapport à d'autres méthodes juridictionnelles de contrôle de l'activité administrative met en évidence qu'ils doivent tenir une place particulière au sein de l'ordre juridique. En particulier, la limitation des pouvoirs des juges reflète cette idée : les juges doivent veiller au respect de la légalité sans devenir des administrateurs.

Le problème de cette position de principe est qu'elle est mise sous tension par deux phénomènes interconnectés : le renforcement du contrôle opéré par les juges conduit à produire une critique de leur légitimité à effectuer cette tâche. Cette dernière se formule toutefois différemment. Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, sa remise en cause découle d'une nécessité d'accroître les pouvoirs des juges, la seule possibilité théorique d'annulation de l'acte rendant trop inefficace ou inadaptée la solution retenue[218] ; de même, son office ne lui permettrait pas de connaître utilement des contentieux nouveaux comme celui de la régulation économique[219]. Dès lors, plusieurs auteurs ont voulu en acter la mort prochaine, ou en constater le reflux, au profit du recours de plein contentieux[220]. Pour ce qui est de la *judicial review*, les critiques, d'ordre juridique

217. BONNARD (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, *op. cit.*, p. 131.
218. Dans les termes du professeur Blanco, cela revient à dire qu' « annuler c'est trop ; annuler c'est trop peu » (Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité, *op. cit.*, p. 27).
219. TERNEYRE (P.), « La compétence du juge administratif », *AJDA* 2000, pp. 697-703 ; RICHER (L.), « Le juge économiste ? », *AJDA* 2000, pp. 703-705.
220. NEGRIN (J.-P.), *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1976, 208 pages ; CHAPUS (R.), « L'administration et son juge. Ce qui change », *EDCE* 1991, pp. 259-276, notamment pp. 264-271 ; WOEHRLING (J.-M.), « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », pp. 777-791 in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996 ; PACTEAU (B.), « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *RA*, num. spé. 1999, pp. 51-65 ; MELLERAY (F.), « La distinction des contentieux est-elle un

mais surtout politique, portent avant tout sur les excès des juges. Ces derniers iraient trop loin dans leur contrôle, et leurs décisions porteraient une atteinte bien trop importante à l'activité administrative et politique des organes publics[221]. Leur légitimité est mise en cause, face à un Gouvernement dont les pouvoirs proviennent d'un organe démocratiquement élu, et sous la surveillance duquel il agit. La récente réforme introduite par le *Criminal Courts and Justice Act* de 2015 en est une expression récente et révélatrice, en ce qu'elle a vocation à diminuer le nombre de *judicial review*[222]. Elle fait suite à un rapport publié par le ministère de la Justice et dans lequel était critiqué le recours jugé abusif à la *judicial review*, conduisant à un nombre d'annulations de décisions administratives fondées sur des vices véniels beaucoup trop important[223]. Plus globalement, diverses propositions visent à renforcer le contrôle politique sur l'administration, afin de diminuer le rôle des juges en ce domaine[224]. À l'inverse, certains auteurs considèrent qu'ils ne vont pas assez loin, et devraient opérer un niveau de contrôle plus poussé sur l'administration[225]. Nous reviendrons sur ce débat en doctrine entre partisans d'un développement accru du contrôle et ceux s'y opposant. La division est révélatrice toutefois des tensions pesant sur les juges, et des attentes placées en eux.

---

archaïsme ? », *JCP A* Juillet 2005, pp. 1233-1239 ; LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, thèse, 2011, LGDJ, Paris, 586 pages ; BORDIER (D.), « Variations en mineur sur l'excès de pouvoir », *AJDA* 2011, pp. 368-374 ; LABETOULLE (D.), « Propos conclusifs : recours pour excès de pouvoir et contentieux de l'annulation », *JCP A* Septembre 2012, pp. 54-56 ; WALINE (J.), « Plein contentieux et excès de pouvoir », *RDP* 2015, pp. 1551-1566 ; TRUCHET (D.), « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches » », *RFDA* 2015, pp. 657-661 ; DULMET (A.), « L'office du juge en contentieux des étrangers : évolution, révolution ? », *AJDA* 2016, pp. 894-898.

Certains proposent même un « recours contentieux administratif unique : WOEHRLING (J.-M.), « Trancher le nœud gordien de la distinction des contentieux », *AJDA* 2007, p. 1777.

221. LOVELAND (I.), « The War Against the Judges », *Quaterly Political* 1997, pp. 162-170.

En 2011, le Premier ministre David Cameron a qualifié une décision de la Cour suprême de décision allant « contre le sens commun » (HC Debs, vol. 523, col. 955 (16 February 2011). Les juges avaient déclaré incompatible avec l'article de la Convention européenne des droits de l'Homme une loi visant à obliger les délinquants sexuels à s'enregistrer auprès de la police, à vie, sans contrôle possible (*R. (on the application of F.) v Secretary of State for the Home Department* [2011] 1 AC 331). Le Premier ministre a continué en affirmant que de telles décisions doivent relever du Parlement, et non des juges.

Pour l'illustration de cette tension dans une autre affaire : BRADLEY (A.), « Judicial Independence under Attack », *PL* 2003, pp. 397-407.

222. Elle a notamment conduit à diminuer les aides financières permettant à certains requérants d'introduire une demande de *judicial review*, procédure qui est très onéreuse : MILLS (A.), « Reforms to judicial review in the Criminal and Courts Act 2015 : promoting efficiency or weakening the rule of law ? », *PL* 2015, pp. 583-595.

Il faut compter plusieurs milliers de Livres par litige, ce qui pose évidemment de grands problèmes aux requérants surtout lorsque l'autorité publique défenderesse cherche à les faire condamner aux dépens : HICKMAN (T.), « Public Law's Disgrace » *UK Const. L. Blog*, 9 février 2017, voir : https://ukconstitutionallaw.org/

223. *Judicial Review : Proposals for futher reform*, Septembre 2013.

224. Au sein de ce courant doctrinal, dont les tenants défendent une « vision politique de la Constitution » c'est le nom de John Griffith qui est le plus célèbre : GRIFFITH (J.A.G.), *The politics of the Judiciary*, 5e éd., Harper Collins, Londres, 1997, 376 pages ; « Constitutional and Administrative Law », *MLR* 1983, pp. 49-66 ; « Judicial Decision-Making in Public Law », *PL* 1985, pp. 564-582 ; « Judges and the Constitution », pp. 289-310 in *Law, Society and Economy*, sous la dir. de R. Rawlings, Clarendon Press, Oxford, 1997 ; « The Brave New World of Sir John Laws », *MLR* 2000, pp. 159-176 ; « The common law and the political constitution », *LQR* 2001, pp. 42-67.

225. ARVIND (T.T.) et STIRTON (L.), « The curious origins of judicial review », *LQR* 2017, pp. 91-117.

B. Problématique

Les préoccupations qui pèsent, en doctrine ou dans le domaine politique, sur les deux recours étudiés incitent à évaluer leur importance et leur pertinence dans une optique comparative. Étant des recours en légalité, quel contrôle permettent-ils aux juges d'exercer ? Dire qu'un juge contrôle la légalité d'un acte ou d'une décision ne suffit pas à en définir le contenu, ni les limites. L'étude du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* pourra mettre ce point en avant : ce que l'on entend par « légalité » est susceptible d'évoluer selon les époques. Pour autant, il apparaît toujours nécessaire de définir ce que font les juges, et les bornes qu'ils doivent respecter. Cette évaluation ne pourra se faire que par une mise en perspective de leur rôle au sein de leur ordre juridique respectif.

S'intéresser à la seule légalité n'est pas suffisant, car en elle-même, elle ne permet pas de rendre compte de la légitimité des juges à contrôler l'activité administrative. Cela conduirait à des propos trop descriptifs et ne permettrait pas une évaluation suffisante de l'importance même de la place tenue par les juges. Plus généralement donc, quel rôle jouent les juges à travers le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* ? Quelle est la place qu'ils tiennent au sein de leur ordre juridique respectif ? Est-elle légitime ? Correspond-elle au cadre de ce qui leur est permis ou dévolu ? Les juges sont-ils trop ou pas assez actifs ? *In fine*, le rôle des juges français et anglais est-il similaire, ou bien des différences fondamentales peuvent-elles être mise à jour, illustrant l'originalité des deux recours ?

Toutes ces questions ne peuvent être tranchées qu'après une étude complète et systématique des deux systèmes nous entraînant aussi bien dans les domaines du droit administratif que du contentieux administratif et du droit constitutionnel, sans écarter quelques propos sur le droit privé.

C. Annonce de plan

La comparaison entre la France et l'Angleterre, en particulier concernant le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative, illustre qu'une triple lecture s'impose dans la structuration des ordres juridiques. Pour Rivero, cette comparaison est importante puisqu'« elle montre comment la même éthique peut être servie par des procédés multiples, et comment des voies diverses aboutissent aux mêmes résultats pratiques »[226]. Comme nous l'avons dit plus haut, à un degré assez élevé de généralisation, les différences entre la France et l'Angleterre sont assez

226. RIVERO (J.), *Cours de droit administratif comparé, 1957-1958*, *op. cit*., p. 14.

minimes, et il est tout à fait possible d'affirmer qu'une même culture est partagée entre ces deux pays ; c'est une culture qui se veut libérale, tournée vers les individus, prônant la séparation des pouvoirs, le respect du droit... La liste pourrait encore être rallongée. Une fois ce point admis, il ne peut conduire à occulter que chacun des ordres juridiques s'est développé distinctement, avec son histoire, sa tradition et ses valeurs. C'est le deuxième niveau de lecture. En un mot, ces grands principes s'appliquent dans un contexte qui n'est pas le même, ce qui provoque nécessairement des différences. Par exemple, la séparation des pouvoirs n'est pas conçue de la même façon des deux côtés de la Manche. La concrétisation de ces principes permet d'apporter sa structure à l'ordre juridique, et sert à la résolution des problèmes qui vont s'y créer. Or, ce qui sera ici mis en évidence, c'est que cette étape de résolution, précisément ici le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative, s'opère en fait dans des termes et dans une logique qui ne sont pas si différents que l'on soit dans le cadre du recours pour excès de pouvoir ou de la *judicial review*. Il s'agit ici du troisième niveau de lecture.

Le rôle joué par les juges est, dans les deux cas, d'une grande importance, et a donné lieu à des solutions relativement similaires, comme l'avait pressenti un auteur anglais il y a longtemps[227]. Elles ne sont pas identiques pour autant. Il nous paraît difficile d'affirmer, dans un travail de comparaison, l'identité de deux procédés provenant de deux ordres juridiques différents. La problématique est ici la même que dans la recherche d'une « transplantation » : le caractère identique ne pourrait être affirmé qu'en cas de problèmes identiques, se posant dans un contexte identique. Une telle configuration est impossible. Ce qu'il faut démontrer, en revanche, c'est que les juges français et anglais ont été particulièrement actifs dans la résolution des problèmes inhérents au contrôle de l'activité administrative. En cela, ils se trouvent un peu dans la même position qu'un forgeron : tout autant capable de créer son outil de travail que de le manier avec précision pour atteindre son but. Leur fonction est double : ils sont créateurs et acteurs. Comme créateur, ils ont su développer et adapter des outils particuliers nécessaires au contrôle qu'ils devaient exercer, au premier plan desquels se trouvent les recours ici étudiés, mais également un droit adapté à l'action administrative : le droit administratif (Partie I). Comme acteur, ils participent grandement à la définition des normes applicables, mais également du niveau d'exigence devant peser sur une activité administrative, et ce, dans un esprit de mise en balance, inhérent au droit administratif, entre la nécessité de protéger les individus et le besoin de laisser une certaine marge de liberté à l'autorité

227. Déjà, en 1951, Lawson concluait à la fin d'un de ses articles, à propos du droit administratif anglais : « j'hésite à le comparer avec le droit administratif français. Je suis convaincu, néanmoins, que les deux systèmes poursuivent le même but, et, par des méthodes qui, dans leurs grandes lignes, se ressemblent de très près » (LAWSON (F.-H), « Le droit administratif anglais », *RIDC* 1951, pp. 412-426, p. 426).

administrative (Partie II). Le rôle des juges ne peut être déterminé qu'au regard de ces éléments, qui constituent le reflet de leurs pouvoirs mais aussi de la place qu'ils entendent occuper au sein de leurs ordres juridiques.

Partie I. Le rôle des juges dans le développement des outils de contrôle de l'activité administrative

Partant du constat qu'il est nécessaire de veiller à ce que l'administration reste dans les limites des pouvoirs qui lui sont octroyés, les systèmes français et anglais ont mis en place des moyens juridictionnels pour parvenir à cette fin. Le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* sont, de chaque côté de la Manche, des outils centraux dans cette optique. En effet, chacun d'eux bénéficie d'une attention particulière de la part tant de la doctrine que des juges. Il n'est pas anodin ici de mentionner que les juges participent de cette valorisation des outils de contrôle. Ainsi, ils ont joué un rôle historique important dans l'émergence, le développement et l'affermissement tant du recours pour excès de pouvoir que de la *judicial review*. Il n'est pas question de revenir sur cette idée, mais elle doit être rappelée tant elle est fondamentale et révélatrice de l'importance première qu'ont eue les juges sur la formation de ces recours[228]. Bien évidemment, ils ne sont pas les seuls à avoir participé à leur développement particulier. Toutefois, il est révélateur de voir qu'ils ont joué un rôle central et actif dans la confection d'outils qu'ils utilisent eux-mêmes. Ces derniers ne leur ont pas été octroyés ; ils en sont en grande partie les créateurs.

Ces éléments fondamentaux de compréhension du rôle joué par les juges français et anglais ne s'arrêtent pas à la seule confection des recours ici étudiés. Le propos doit être généralisé quelque peu. Le rôle particulièrement actif des juges se retrouve, en effet, dans d'autres problématiques liées aux recours. Par une démarche particulièrement active, les juges français et anglais ont grandement participé au développement de divers outils de contrôle de l'administration. Les juges viennent enrichir la compréhension et la substance du recours pour excès de pouvoir et de la *judical review*, en précisant leur contour et l'originalité de leurs principes substantiels (Titre I.). Ce rôle particulièrement actif renforce l'idée qu'ils ont une place centrale dans la confection de leurs propres moyens de contrôle. Néanmoins, pour important qu'il soit, ce rôle doit trouver à s'inscrire de façon pertinente au sein des systèmes juridiques auxquels appartiennent les juges. Cette quête de légitimité se traduit dans le rattachement des recours à leur fonction principale : le contrôle de la légalité. Ainsi définis, ils font jouer aux juges un rôle relativement limité, mais parfaitement en phase avec les données structurantes de chaque système (Titre II.).

228. Voir le I de l'introduction.

Titre I. Le rôle actif des juges dans le développement des outils de contrôle de l'activité administrative

L'étude des voies d'action juridictionnelle dans un système juridique ne peut faire l'économie de développements sur certains thèmes *a priori* annexes, mais en fait déterminants. À défaut, le risque est de n'avoir qu'un regard bien trop partiel sur le sujet. Or, la comparaison ne peut se satisfaire de partialité si elle veut produire des résultats concluants. Ce, d'autant plus lorsque le rôle des juges est au centre du travail engagé. Pour en saisir toutes les facettes et les subtilités, mais également pour asseoir un peu plus la dimension scientifique de l'étude, il est nécessaire de prendre une optique un peu plus large, sans toutefois rompre avec le sujet.

Le caractère actif du rôle des juges a déjà été affirmé auparavant, mais il doit encore être une fois démontré, pour être assumé. En effet, il ne se limite pas à la seule conception du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review*. En France, comme en Angleterre, les juges, quels qu'ils soient, devant trancher les litiges relatifs à l'action administrative, se sont trouvés en face de certaines problématiques similaires. La détermination de la substance de leur contrôle ne peut passer que par leur résolution. Notamment, deux sont particulièrement prégnantes. D'une part, il est nécessaire de préciser sur quoi portent les recours. En effet, nous avons quelque peu laissé de côté précédemment la question de la définition de ce qu'il fallait entendre par « activité administrative ». Sa résolution implique une étude particulièrement poussée et complète, car elle révèle tant l'objet du contrôle que la façon dont il est défini. Les juges ont, en ce domaine, un rôle particulièrement actif, par la méthode qu'ils utilisent, essentiellement casuistique. La conclusion qui en découle renforce cette impression : les juges détiennent un large pouvoir dans la définition des affaires dont ils peuvent connaître, leur permettant de s'adapter aux évolutions quant à la fonction jouée par les autorités publiques en général (Chapitre I.). Dans la même veine, le régime juridique qui sera alors appliqué découle également de cette appropriation de l'objet du contrôle par les juges. En cela, mais de façon différente, les juges français et anglais ont su définir des règles propres pour en régir les éléments constitutifs. Celles-ci se regroupent en un ensemble cohérent : le droit administratif (Chapitre II.).

Chapitre I. Le rôle prépondérant des juges dans la détermination du champ des recours : une démarche casuistique

Pour connaître de façon complète le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review*, il est nécessaire d'aborder la question de leur champ d'application. Sans entrer dans les détails des actes attaquables ou non, il sera avant tout question ici du problème du critère de compétence des juges. Dans chacun des pays étudiés, ce champ d'application des recours est spécifique et a vocation à s'adapter aux évolutions de l'action administrative. Il est important de noter tout de suite un point fondamental : la question ne se pose pas dans les mêmes termes pour les deux pays.

Concernant la France, la question du critère de compétence, souvent liée comme nous le verrons plus tard, à la problématique du champ du droit administratif, concerne l'ensemble des recours pouvant être introduits devant le Conseil d'État. En fait, il s'agit de déterminer dans quels cas le juge administratif est compétent. La réponse à cette question se fait par l'utilisation de critères de compétence. Ce n'est que postérieurement que la nature du recours pouvant être introduit devant lui se pose. En Angleterre, parler de critère de compétence renvoie plus directement à la question du champ d'application de la *judicial review*. En effet, en l'absence d'une juridiction particulière, c'est le champ du recours qui est en cause.

Cette différence ne nous paraît cependant pas insurmontable dans notre travail de comparaison. Le recours pour excès de pouvoir étant l'instrument du juge administratif, il ne peut être introduit que devant lui. Dès lors, pour déterminer le champ d'application de ce recours, il faut en premier lieu répondre à la question de la compétence du juge administratif. Le lecteur devra garder à l'esprit que les développements concernant la France sont donc généraux et valent pour le juge administratif dans son ensemble et non pas seulement pour le recours pour excès de pouvoir.

Deux idées communes ressortent de l'étude du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* concernant cette question particulière. D'une part, la détermination du champ des recours relève en grande partie de la compétence même des juges. Ce sont eux, et non pas le Parlement ou la Constitution, en ce qui concerne spécifiquement le cas français, qui apportent la réponse. En ce sens, la détermination est tout à fait originale (Section I.). D'autre part, la méthode utilisée par les juges dans ce travail définitoire est similaire. En effet, si un temps la recherche de critères de détermination a paru la plus pertinente, elle doit être aujourd'hui dépassée, car inapte à rendre compte des jurisprudences pertinentes (Section II.). Privilégiant une approche casuistique,

les juges entreprennent de répondre de façon souple à la problématique qui leur est posée. Cela permet de faire de ces recours des outils adaptables, utiles et toujours opérationnels malgré les évolutions affectant les systèmes juridiques français et anglais (Section III.).

Section I. L'insuffisance des sources textuelles dans la détermination du champ des recours palliée par les juges

La détermination du champ des recours constitue une question assez fondamentale pour que soit supposée l'existence d'un critère ou d'une méthode claire pour la résoudre. Or, que ce soit en France ou en Angleterre, il n'en est en fait rien. Cela n'a rien de très étonnant. Si certains cas simples peuvent être résolus de façon quasi-automatique, en faveur ou non, de la soumission du litige aux recours, il existe entre les deux des situations plus complexes. Il y a donc un dégradé d'hypothèses, plus ou moins rétives à une forme de systématisation des éléments pertinents. L'incertitude qui semble poindre n'est pas à même de conduire à la critique de cette situation. Bien au contraire, elle permet d'adapter, lorsque cela est nécessaire, le champ des recours.

Ce constat repose sur une double caractéristique émergeant des systèmes français et anglais. D'une part, bien que fondamentale, car déterminant la compétence des juges, cette question ne fait pas l'objet d'un traitement textuel suffisant pour être véritablement opératoire. Dès lors, même si certaines dispositions écrites peuvent être identifiées, conduisant à orienter la recherche, la résolution de la détermination du champ des recours ne peut jamais s'en satisfaire totalement (I.). En conséquence, seuls les juges, aux prises constantes et quotidiennes avec ce problème, peuvent apporter des éléments de réponses. En cela, ils participent grandement de la détermination de leur propre compétence (II.).

I. L'insuffisance des textes dans le domaine de la détermination du champ des recours

Il peut paraître plus naturel pour le juriste appartenant à un des pays de la famille romano-germanique de se tourner en premier lieu vers la source textuelle lorsqu'une question d'importance se pose : Que dit la loi ? Que dit la Constitution ? Ce réflexe presque pavlovien n'est cependant pas satisfait concernant la détermination du champ des recours. En effet, les textes sur cette question ne permettent jamais de répondre à coup sûr. À l'inverse, pour une question similaire, le juriste anglais se tournera plus volontiers, en premier lieu, vers la jurisprudence. Or, de façon quelque peu contre-intuitive, l'Angleterre dispose, dans un texte, d'un critère permettant de préciser l'objet et donc le champ de la *judicial review.*

L'intervention des sources textuelles existe des deux côtés de la Manche, mais se fait

différemment. En France, le législateur intervient de façon sporadique, dans certains domaines pour exclure ou venir prévoir, la compétence du juge administratif. Malgré la multiplicité des textes, aucun critère suffisamment précis n'apparaît (A.). Pour le cas de l'Angleterre, en revanche, malgré des lois venant prévoir ou restreindre la possibilité de recourir à la *judicial review* dans un litige, une réforme récente est venue poser un critère général. Cependant, celui-ci est beaucoup trop flou pour être appliqué en l'état (B.).

A. L'absence de critères textuels suffisants en droit français

Ni la Constitution, ni la loi ne viennent poser un critère de compétence clair au profit du juge administratif ou du juge judiciaire.

S'agissant de la Constitution, aucune disposition ne donne d'éléments sur le champ de compétence du juge administratif. En sens inverse, elle réserve certaines matières au juge judiciaire. Tel est le cas de l'alinéa 2 de l'article 66 faisant de l'autorité judiciaire la « gardienne de la liberté individuelle ».

Concernant la loi, la détermination du champ des recours semble relever de son domaine, en vertu de l'article 34 de la Constitution[229]. Malgré cela, aucune ne loi ne fixe de façon générale la compétence du juge administratif par rapport au juge judiciaire. Cependant, le Parlement n'est pas inactif sur le sujet. Plusieurs textes viennent prévoir pour tels ou tels litiges l'ordre juridictionnel compétent. Il en va ainsi de l'article L. 3231-1 du Code général de la propriété des personnes publiques venant octroyer au juge administratif la compétence pour les litiges naît de la cession des biens immobiliers appartenant à l'État. D'ailleurs, le Code de la propriété des personnes publiques, entré en vigueur le 21 avril 2006, fait une place particulière à la qualification législative dans la définition du domaine public des personnes publiques[230]. Or, en principe, le contentieux de la gestion du domaine privé relève du juge judiciaire et celui du domaine public du juge administratif[231]. D'une part, dans le Code général de la propriété des personnes publiques, le législateur donne les critères qui permettent de déterminer si un bien appartient au domaine public de la personne publique[232]. D'autre part, le législateur dresse une liste des biens qui appartiennent

229. SEILLER (B.), « Les juges de l'administration », pp. 436-485, p. 463 in *Traité de droit administratif*, t. II., sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, Dalloz, Paris, 2011.
230. LAVIALLE (C.), « Remarques sur la définition législative du domaine public », *RFDA* 2008, pp. 491-498.
231. TC, 22 novembre 2010, *Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims*, rec. 590.
232. L'article L. 2111-1 dispose que « sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une

d'office à ce domaine public, qu'ils respectent ou non les critères énoncés auparavant[233].

L'exemple du Code général de la propriété des personnes publiques est topique des méthodes auxquelles le Parlement peut recourir dans la détermination de l'ordre juridictionnel compétent. Soit, la loi affirme que pour tel contentieux, c'est le juge administratif qui sera compétent[234] ; soit elle donne une qualification à une situation ou à un élément ayant pour conséquence la compétence du juge administratif (incorporation par listes des biens dans le domaine public)[235] ; soit, enfin, elle détermine les critères nécessaires pour qu'ensuite, au cas par cas, le juge détermine quel ordre juridictionnel est compétent[236].

Évidemment, le législateur peut aussi intervenir pour confier certains litiges plus ou moins expressément au juge judiciaire. Tel est le cas de l'article 34 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations prévoyant que les agents non titulaires de l'État et de ses établissements publics à caractère administratif, recrutés avant l'entrée en vigueur de cette loi, « bénéficient d'un contrat à durée indéterminée »[237]. En qualifiant ainsi la relation, le législateur soumet le contentieux qui pourrait en naître à la compétence du juge judiciaire. De même, lorsque le législateur affirme que « les services publics d'eau et d'assainissement sont financièrement gérés comme des services à caractère industriel et commercial », cela conduit à la compétence du juge judiciaire dans ce domaine[238]. Plus expressément, le législateur peut venir confier un contentieux au juge judiciaire, sans passer par la médiation de la qualification particulière d'une situation. Tel est le cas avec la loi du 31 décembre 1957 venant prévoir en son article 1er que « les tribunaux de l'ordre judiciaire sont seuls compétents pour statuer sur toute action en responsabilité tendant à la réparation des dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque ». Bien qu'importe, cette détermination législative reste cependant parcellaire.

---

personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ».
L'article L. 2111-2 prévoit quant à lui que « font également partie du domaine public les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable ».
233. Article L. 2111-4 et s. du même code.
234. Article L. 3231-1.
235. Article L. 2111-4 et s. Il est aussi possible de ranger dans ce cas l'article 2 de la loi dite « MURCEF » du 11 décembre 2001 venant qualifier d'administratifs les contrats passés en application du code des marchés publics.
236. Articles L. 2111-1 et 2.
237. Certaines conditions sont posées pour pouvoir bénéficier de cette disposition.
238. Article L. 2224-11 du Code général des collectivités territoriales.

B. Un critère législatif flou en droit anglais

Deux situations doivent être distinguées : celle dans laquelle un texte vient prévoir l'application des principes de *judicial review* en dehors de la voie traditionnelle ; celle dans laquelle la loi précise le champ d'application de la *judicial review* elle-même.

Dans la première situation, deux sous-situations peuvent être individualisées. Soit les textes viennent prévoir une procédure alternative et différente à la *judicial review,* mais au terme de laquelle les juges appliquent les mêmes principes de fond. Soit les textes donnent compétence à un autre organe juridictionnel que la Haute Cour pour connaître des questions de *judicial review.*

Dans le premier cas, de nombreux textes, lois ou législations déléguées, ouvrent expressément un recours aux individus pour certaines décisions[239]. Notamment, il peut être précisé que les personnes affectées par une décision ou un acte pris sur le fondement de ce texte pourront agir devant la Haute Cour pour en demander l'annulation. Cette procédure, alternative à celle de *judicial review*, se fonde néanmoins sur les mêmes principes substantiels. Le contrôle du juge reste donc fondé sur les mêmes cas d'ouverture[240]. Néanmoins, certaines différences apparaissent. Ainsi, la procédure d'annulation prévue par les textes limite les pouvoirs du juge, ce dernier ne pouvant qu'annuler l'acte, là où en *judicial review* sa palette de pouvoirs est plus importante. De plus, les délais sont plus courts qu'en *judicial review* (de l'ordre de 6 semaines contre 3 mois) et aucune permission de la Cour n'a à être donnée.

Au titre du second cas, il est important de relever l'impact important qu'a eu la réforme opérée par le *Tribunals, Courts and Enforcement Act* de 2007 sur la procédure de *judicial review.* Avant 2007, la procédure de *judicial review* pouvait être engagée seulement devant la Haute Cour. La loi de 2007, visant à rationaliser le système des *tribunals* par la création d'un système juridictionnel dual, va transférer une partie importante des affaires de *judicial review* au *Upper Tribunal* nouvellement créé[241]. Deux précisions sont ici nécessaires. D'une part, les conditions de la compétence du *Upper Tribunal* pour connaître d'une *judicial review* sont posées clairement par la loi[242]. D'autre part, il est fait obligation au *Upper Tribunal*, par la loi, d'appliquer les mêmes

239. Voir en général sur cette question :WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial review*, 6e éd,, *op. cit.*, pp. 861-883.
240. *ibid*., pp. 874-875.
241. Voir l'introduction. Sur ce transfert, voir : MITCHELL (G.), « Judicial review, but not as we know it : judicial review in the Upper Tribunal », *JR* 2010, pp. 112-117 ; CARNWATH (R.), « Tribunal Justice – Judicial Review by Another Route », pp. 143-162 in *Effective Judicial Review : A Cornerstone of Good Governance* sous la dir. C. Forsyth, M. Elliott, S. Jhaveri, M. Ramsden et A. Scully-Hill, Oxford University Press, Oxford, 2010 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., OUP, Oxford, 2017, 934 pages, pp. 721-722.
242. Section 18 du *Tribunals, Courts and Enforcement Act* de 2007. Si les conditions posées ne sont pas respectées, la procédure de *judicial review* est alors transférée à la Haute Cour.

principes que ceux de la Haute Cour, de faire respecter les mêmes contraintes procédurales et de délivrer les mêmes décisions[243]. La réforme de 2007 transfère ainsi une part importante du contentieux de *judicial review* au *Upper Tribunal* et ce, dans un double souci de désengorgement de l'*Administrative Court* de la Haute Cour et de faire juger des affaires techniques par des organes spécialisés.

Dans la seconde situation, il est important de relever que le Parlement n'est pas resté inactif dans la détermination du champ de la *judicial review*. En 1999, le *Civil Procedure Act* de 1997 entre en vigueur[244]. Le but de cette réforme est de modifier et de codifier les règles de la procédure anglaise. À cette fin est créé le *Civil Procedure Rules* (CPR), véritable code de procédure[245]. Selon la distinction communément opérée, la codification ne s'est pas faite à droit constant, mais a permis des évolutions. L'impact sur la procédure de *judicial review*, notamment sur le caractère exclusif de la procédure, est important, comme nous le verrons. Pour ce qui nous intéresse, le CPR codifie, dans sa Partie 54, la procédure de *judicial review*. Cette partie du code est entrée en vigueur en 2000[246]. Elle vient expressément prévoir qu'un individu peut faire une demande de *judicial review* seulement contre un acte ou un agissement « en relation avec l'exercice d'une fonction publique »[247]. Tel est donc le critère posé par le Parlement. Un critère centré sur la nature de l'activité.

Ce critère est le même que celui choisi par le Parlement lors de la détermination du champ d'application du *Human Rights Act* de 1998, visant à donner effet à la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention européenne) en droit interne britannique. La section 6 de cette loi prévoit qu'un requérant peut l'invoquer contre une autorité disposant d'une « fonction de nature publique »[248].

Mais la détermination législative du champ de la *judicial review* ne permet pas de définir clairement les cas dans lesquels le requérant devra agir par son biais. Tout réside dans le sens donné à l'expression « fonction publique » par les juges. Tout comme en France, la question doit être résolue par les juges.

---

243. Section 15.
244. Cette loi fait suite au rapport rendu par Lord Woolf en 1996 (*Access to Justice : Final Report,* The Stationery Office, London 1996). Sur cette réforme et son impact général en droit anglais, voir les différentes contributions dans le livre *The Civil Procedure Rules. Ten Years On*, sous la direction de Déirdre Dwyer, Oxford University Press, Oxford, 2009, 469 pages.
245. BELL (J.), « L'Angleterre : à l'aube d'une réforme radicale de la procédure civile », *Revue générale des Procédures*, 1999, n°2, pp. 307-319 ; HARAVON (M.), « Dix années de réforme de la procédure civile anglaise : révolte ou révolution ? », *RIDC* 2004, pp. 826-845.
246. Le CPR Partie 54 se substitue à l'ancien *Rules of the Supreme Court, Order 53*, disposition qui régissait antérieurement la *judicial review.*
247. Partie 54.1 (2) (a) (ii).
248. Section 6 (3) (a) et (b).

II. La nécessaire détermination du champ des recours par les juges

L'insuffisance textuelle est avérée. Il n'est pas possible de se référer uniquement à cette source pour parvenir à définir de façon opératoire le champ des recours. Cette carence doit être comblée par ceux qui sont le plus à même de trouver une solution à la fois suffisamment précise et utile. Pour cela, il est nécessaire d'être aux prises avec la réalité des recours et d'avoir une expertise sur le sujet concerné. Or, seuls les juges réunissent ces qualités. Ils sont les premiers intéressés par la détermination du champ des recours. Cela d'autant plus qu'elle permet de définir leur propre compétence. Les enjeux que porte ce sujet sont mieux maîtrisés par les juges que par n'importe quelle autre autorité. En France (A.), comme en Angleterre (B.), ce sont donc les juges qui doivent déterminer précisément le champ des recours.

A. Le rôle des juges dans la détermination du champ du recours pour excès de pouvoir

En France, la résolution de la question de la compétence des juges appartient à une multitude de juridictions. Le système reposant sur une dualité stricte des ordres juridiques explique cette situation, conduisant à un certain enchevêtrement. Quatre juges interviennent, ou peuvent intervenir dans ce domaine.

Historiquement, le Conseil d'État est le premier à répartir les compétences entre les deux ordres de juridiction[249]. Dans les textes, une place prédominante lui est accordée. En tant qu'organe conseillant l'Empereur, il est lui dévolu la résolution des conflits de compétence, pour lesquels il rend un avis[250].

Le juge administratif suprême sera dessaisi définitivement de cette compétence particulière au retour de la République, en 1872. La loi du 24 mai instaure un Tribunal des conflits, composé paritairement de membres de la Cour de Cassation et du Conseil d'État[251].

De son côté, le juge judiciaire apporte aussi sa pierre à l'édifice. Tout comme le juge

249. Concernant les mécanismes mis en œuvre afin de trancher les conflits de compétence, avant la création du Conseil d'État voir : MESTRE (J.-L.), « L'histoire du droit administratif », pp. 3-58, p. 21 in *Traité de droit administratif*, t. I., sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, Dalloz, Paris, 2011.
250. Arrêté du 4 novembre 1801. MESTRE (J.-L.), *ibid*., pp. 25-28.
251. WEIDENFELD (K.), *Histoire du droit administratif. Du XIVe siècle à nos jours*, *op. cit*., pp. 83-85.
Sur le fonctionnement du Tribunal des conflits, voir : SEILLER (B.), « Les juges de l'administration », voir pp. 481-484 in *Traité de droit administratif*, t. II sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.

administratif, il se doit d'interpréter les critères jurisprudentiels permettant la répartition des litiges[252]. Il doit aussi donner son sens aux termes législatifs lui attribuant compétence. Par exemple, aux termes de la loi du 31 décembre 1957, il revient au juge judiciaire de connaître des actions en responsabilité pour les dommages causés par les véhicules possédés par une personne publique. Cette loi a pu donner lieu à interprétation aussi bien concernant le terme « véhicule » que pour ce qui est du type d'action que peut engager, devant le juge judiciaire, la personne ayant subi le dommage. Pour ce qui est du premier aspect, la Cour de cassation a pu affirmer, par exemple, qu'entrent dans le champ de la loi de 1957 les radeaux[253] ou encore une pelle mécanique de chantier[254]. La définition du terme « véhicule » est aussi l'œuvre du Conseil d'État[255] et du juge des conflits[256]. Concernant le second aspect, la chambre criminelle de la Cour de cassation en a donné récemment une interprétation large. Dans son arrêt du 23 septembre 2014, elle considère que le juge judiciaire est compétent pour connaître des actions en réparation des conséquences dommageables, dirigées contre une personne publique, causées par un accident de voiture qui a été subi par un agent public[257]. La chambre criminelle défend une vision large de l'application de la loi de 1957. Elle entre d'ailleurs en confrontation avec le Tribunal des conflits sur ce point. Ce dernier a jugé le 8 juin 2009, puis de nouveau le 16 novembre 2015, que ce type d'accident, qualifié d'accident de service, relevait de la compétence du juge administratif pour ce qui concerne les actions en réparation des conséquences dommageables engagées par l'agent public contre sa collectivité[258].

La loi du 31 décembre 1957 offre tous les éléments nécessaires à un résumé. Le législateur peut attribuer certains contentieux expressément à un ordre juridictionnel en particulier. Cependant, cette attribution reste soumise à interprétation. Celle-ci se fait alors par la voie jurisprudentielle. Chaque juge peut alors avoir à se prononcer sur les termes en cause, entraînant parfois des difficultés, en cas de contradiction. Celles-ci sont tranchées en dernier ressort par le Tribunal des conflits. Pour autant, les juges judiciaire et administratif jouent un rôle important dans l'attribution des contentieux. Ils sont les premiers saisis des difficultés d'interprétation. Le Tribunal des conflits ne peut en effet être saisi qu'à titre préjudiciel. La contradiction qui peut naître des jurisprudences interprétatives est le prix de la dualité des ordres de juridiction.

---

252. GALLET (J.-L.), « Juge judiciaire et droit administratif », *AJDA* 2013, pp. 391-395, pp. 392-393.
253. Cass., Civ. 1ere, 8 janvier 1964, *D*. 164. Somm. 64.
254. Cass., Civ 1ere, 9 mars 2011, n°10-11.702.
255. Relève ainsi de la loi du 31 décembre 1957, les charrettes à bras (CE, 25 juin 1986, *Mme Curtol*, rec. 177) ou encore les tondeuses autotractées (CE, 14 mars 1969, *Ville Perpignan*, rec. 156).
256. Selon le Tribunal des conflits, est un « véhicule » au sens de la loi du 31 décembre 1957, les hélicoptères (TC, 21 mars 2005, *Sté française de prévention*, n°3427) et les trains (TC, 2 juin 2008, *Mme Halima c/ SNCF*, n°3619).
257. Cass, Crim., 23 septembre 2014, n°13-85.311 ; *Dalloz actualité* 14 octobre 2014, note L. Priou-Alibert ; *AJDA* 2015, p. 528, note A. Clays.
258. TC, 8 juin 2009, *Consorts Royer c/ Commune du Cannet*, n°3697 ; *AJDA* 2009, p. 1173 ; *AJFP*, p. 264 note J. Mekhantar.

Dans cette relation à trois, un quatrième acteur s'est, plus récemment, mis en évidence. Il s'agit du Conseil constitutionnel. Dans sa décision *Conseil de la Concurrence*, du 23 janvier 1987, le juge constitutionnel est intervenu dans la détermination du critère de compétence du juge administratif[259]. Depuis lors, est reconnu comme étant un principe fondamental reconnu par les lois de la République, qu' « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »[260]. Avec cette décision, c'est un véritable noyau dur constitutionnel de compétence qui est reconnu au juge administratif, tournant autour de deux éléments forts : la détention de prérogatives de puissance publique par une personne publique. Cette définition constitue un minimum, le Tribunal des conflits et le Conseil d'État en ayant une acception plus étendue.

Ce sont ces quatre organes juridictionnels qui ont la charge de veiller à déterminer la compétence du juge administratif. Aujourd'hui encore, et malgré l'existence d'un juge spécialisé dans la résolution des conflits, ces trois juges ont voix au chapitre de la répartition des litiges entre les juridictions.

B. Le rôle fondamental des juges dans la détermination du champ de la judicial review

Malgré la détermination législative générale du champ de l'action de *judicial review*, les juges ont un rôle fondamental. Cela est mis en évidence par deux éléments.

Le premier a déjà été vu. Le critère de la « fonction publique » est utilisé à la fois dans la demande de *judicial review* mais aussi pour le *Human Rights Act*. Or, suivant l'un ou l'autre des cas, les juges donnent à cette notion un sens différent. Dès lors, bien que le critère soit dans les deux cas

259. Sur cette décision et son lien avec le recours pour excès de pouvoir, voir l'introduction.
260. CC, 23 janvier 1983, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, décision n°86-224 DC, rec. 8, cons. 15, GDCC 18e éd., n°6.
Voir MESTRE (J.-L.), « À propos du fondement constitutionnel de la compétence de la juridiction administrative », *RFDA* 2012, pp. 339-341.
La formule a été reprise *in extenso* par le Conseil d'État dans son arrêt *M. Giraud* du 9 novembre 2011 (req. n°351890, *AJDA* 2011, p. 2206). En revanche, le Tribunal des conflits, bien que s'inspirant de la formule du Conseil constitutionnel, n'a pas intégré la référence à la notion de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau*, rec. 698, *GAJA* 21e éd., n°111 ; voir la note de Agnès Roblot-Troizier, *RFDA* 2011, pp. 1136-1141).

formulé de façon similaire, la *judicial review* et le *Human Rights Act* n'ont pas le même champ d'application. Cela met en évidence le flou de cette notion. De surcroît, elle n'est pas figée, et son contenu mouvant évolue au fil des espèces. La détermination par le législateur d'un critère ne suffit donc pas à rendre certain le champ d'application de la *judicial review.*

Le second élément illustre encore plus le rôle des juges. Le critère de la « fonction publique » a été développé en premier lieu par les juges. Tout du moins, si la formulation diffère dans les opinions des juges, le critère jurisprudentiel est centré en grande partie sur la nature de l'activité. Le Parlement n'a fait ici que codifier, dans le CPR, la jurisprudence. La réforme n'a en fait sur ce point apporté aucune innovation. D'ailleurs, l'entrée en vigueur de la Partie 54 du CPR en 2000 n'a conduit ni à des modifications du champ de la *judicial review*, ni à des réflexions doctrinales sur un possible impact de cette réforme en ce domaine[261]. Il est possible ici de faire un parallèle avec la France à propos de l'impact qu'a eu l'entrée en vigueur du Code général de la propriété des personnes publiques. Les critères inclus dans ce texte afin de déterminer quand un bien appartient au domaine public sont une transposition, presque parfaite, des critères développés en jurisprudence[262]. Au demeurant, les deux séries de critères retenues comportent une part de flou qui nécessite l'intervention du juge administratif pour les préciser[263].

Il ne faut cependant pas en conclure que le CPR n'a eu aucun impact sur la *judicial review.* Ses effets se sont fait sentir dans un domaine connexe : celui de l'exclusivité procédurale. Celle-ci, découlant de l'affaire *O'Reilly v. Mackman*, a longtemps été source de discordes et de débats en Angleterre. La recherche d'un critère de la *judicial review* en découle, et était ainsi sous le feu des critiques. Cette tendance a commencé à se faire ressentir dans les lendemains de la décision *O'Reilly v. Mackman*, les juges assouplissant de plus en plus la règle de l'exclusivité[264]. La réforme

261. WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial review*, 6e éd, *op. cit.*, pp. 109-176 ; CRAIG (P.), *Administrative Law,* 8e éd., *op. cit.*, pp. 836-850 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 559-563 et pp. 570-572. Dans ces manuels, la Partie 54 du CPR n'apparaît pas dans l'étude du champ de la *judicial review.*
De même, lorsque des auteurs mentionnent ce code dans sa relation à la *judicial review*, il ne traite pas de son impact quant au champ de ce recours : FORDHAM (M.), « Judical Review : the new rules », *PL* 2001, pp. 4-10 ; BLOOM-COOPER (L.), « Judicial Review : its Provenance and Scope », pp. 23-30, notamment p. 24, et SUPPERSTONE (M.) et LAING (E.), « The Ambit of Judicial Review », pp. 69-89, in *Judicial review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, Lexis Nexis Butterworths, Londres, 2005.
262. LAVIALLE (C.), « Remarques sur la définition législative du domaine public », *RFDA* 2008, pp. 491-498.
Presque parfaite, car si la jurisprudence, au terme de l'arrêt *Le Béton* (CE, Sect., 19 octobre 1956, *Société « Le Béton »*, rec. 375 ; GAJA 21e éd., n°68), prévoit qu'un bien appartient au domaine public notamment si ce bien est affecté à un service public et qu'il a fait l'objet d'un aménagement spécial, le Code général de la propriété des personnes publiques dispose que cet aménagement doit être indispensable (article L. 2111-1). Cette évolution sémantique conduit à restreindre les cas d'incorporation des biens au domaine public.
263. Tel est le cas de la définition du « service public », nécessaire dans le cadre de la définition donnée par l'article L. 2111-1 du Code.
264. L'exclusivité procédurale s'est effritée au point qu'une action pouvait être engagée par la voie ordinaire, bien que posant essentiellement une question de droit public, dès lors que cette dernière était soulevée par voie de défense

du CPR est venue approfondir ce mouvement. L'un des principes directeurs de cette réforme a été d'améliorer la rapidité de jugement, par le biais d'une meilleure gestion des affaires. À cette fin, le Parlement est venu accroître les pouvoirs des juges. Plusieurs points sont ici intéressants. Le CPR vient notamment diminuer les différences procédurales entre une action ordinaire et une action commencée par voie de *judicial review*[265]. En faisant cela, le CPR réduit d'autant la nécessité de rendre exclusive la procédure de *judicial review.* Cette réforme n'a pas aboli des formes de protection pour les personnes publiques[266]. L'entrée en vigueur de ce code a aussi eu pour effet de limiter la rigidité de la règle de l'affaire *O'Reilly v. Mackman*. Dorénavant, l'*Administrative Court* peut traiter une affaire commencée par voie de *judicial review* comme une affaire ordinaire, dès lors que c'est par cette dernière que le requérant aurait dû agir[267]. De même, une action introduite par voie ordinaire, alors qu'elle aurait dû l'être par *judicial review*, pourra être transférée à l'*Administrative Court*[268].

Les juges ont pris acte de cette évolution législative. En 2000, dans l'affaire *Clark*, Lord Woolf a clairement exprimé la nécessité de revoir le principe d'exclusivité procédurale « à la lumière des changements apportés par le CPR »[269]. Le rapprochement des procédures, ainsi que les passerelles entre elles, donnent une dimension nouvelle au principe d'exclusivité[270]. Dorénavant, une action pourra être refusée, comme contraire au principe d'exclusivité, seulement si elle constitue véritablement une volonté, de la part du requérant, de contourner les entraves procédurales de la *judicial review.* Cela signifie qu'il ne suffit pas de prouver que le recours aurait pu être fait par *judicial review.* Il est désormais nécessaire de prouver qu'agir en dehors de cette voie cause un véritable abus de procédure[271]. Dès lors, « l'accent a changé depuis O'Reilly puisque ce qui compte maintenant ce n'est plus de savoir si c'est la bonne procédure qui a été suivie, mais plutôt si le fait de

(équivalant à l'exception d'illégalité en France) (*Wandsworth LBC v Winder (No. 1)* [1985] AC 461 : l'autorité publique avait décidé l'augmentation des loyers. Le requérant avait refusé de payer. Elle le poursuit devant la cour. Le requérant invoque, pour se défendre, l'illégalité de la décision d'augmentation des loyers). La même solution prévaut pour les affaires criminelles : *Boddington v. British Transport Police* ([1999] 2 AC 143, [1998] 2 WLR 639) ; *R. (on the application of Lumba and Mighty) v. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 12, pt. 70 (Lord Dyson JSC).

Voir : WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial review*, 6e éd, *op. cit.*, pp. 208-214.

265. Les pouvoirs des juges en *judicial review* ont été accrus concernant les demandes d'information ainsi que pour les contre-interrogatoires. De même, la procédure de permission, nécessaire pour commencer l'action en *judicial review*, a été réformée et tend de plus en plus vers un modèle *inter partes* là où auparavant cette procédure impliquait que très peu le défendeur. Sur toutes ces questions, voir : CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 852-857.

266. Par exemple, la procédure normale, le délai de recours peut atteindre 12 ans, alors qu'il est limité à trois mois maximum en *judicial review.* (CPR Partie 54.5 (1) b)). Voir EMERY (C.), « Public law or private Law ? - the limits of procedural reform », *PL* 1995, pp. 450-461.

267. CPR Part. 54. 20.

268. CPR Part. 30. 5.

269. *Clark v. University of Lincolnshire and Humberside* [2000] 1 WLR 1988, [34].

270. [27] – [28].

271. Voir aussi : *R. (on the application of Wilkinson) v. Broadmoor Special Hospital Authority* [2001] EWCA Civ 1545, [62] (Hale L.J) ; *R. (on the application of P.) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] 1 WLR 2002, [120] (Lord Phillips Of Worth Matravers M.R) ; *D. v. Home Office* [2005] EWCA Civ 38, [104] – [105] (Brooke L.J).

ne pas suivre la bonne procédure conduit à un abus de procédure juridictionnelle »[272].

Désormais, l'exclusivité procédurale, après tous les remous qu'elle a causés dans la jurisprudence et dans les écrits, est un domaine pacifié[273]. Un temps au premier plan, « les affaires posant la question de l'exclusivité procédurale brillent aujourd'hui par leur absence » grâce à l'affaire *Clark*[274]. Si ce phénomène tend à diminuer l'importance de la recherche d'un critère au champ de la *judicial review*, il ne la rend pas sans objet. Dans certains cas, le requérant préférera agir par cette voie. L'avantage pour lui est d'avoir accès à des décisions qu'il ne peut avoir par d'autres voies juridictionnelles : ces solutions particulières, il s'agit des anciens *prerogative writs* dénommés dans le CPR « ordre d'annulation », « ordre de faire » et « ordre d'interdiction »[275]. Les concernant, la partie 54 du CPR prévoit que le requérant « doit » user de la *judicial review*[276]. *A contrario*, le requérant « peut » user de la *judicial review*, mais n'en a pas l'obligation, pour obtenir une injonction ou une déclaration[277]. Si, dans ce second cas, la détermination du champ de la *judicial review* perd de son sens, dès lors que le requérant pourra demander les mêmes décisions par d'autres voies, le premier cas nécessite toujours de résoudre cette épineuse question.

Le rôle des juges en France comme en Angleterre, dans la détermination du champ des recours, est central. Une fois ce constat opéré, la réponse à la question de départ n'est pas facilitée. Bien au contraire. Les avantages d'une détermination jurisprudentielle du champ des recours sont véritablement importants. En cela, il paraît nécessaire et logique qu'une telle compétence revienne à des organes en contact permanent avec la réalité des litiges. Mais cela comporte aussi de nombreux désavantages, au premier rang desquels l'impression qu'une systématisation des solutions est, si ce n'est impossible, tout au moins très périlleuse. Ce d'autant plus que jamais la recherche de critères n'a pu apporter de solutions pertinentes est immuable à la question de la détermination du champ des recours.

272. PARPWORTH (N.), *Constitutional and Administrative Law*, 7e éd., OUP, Oxford, 2012, 540 pages, p. 259.
273. Pour un résumé, voir le jugement de Lewison J dans l'affaire *Bunney v Burns Anderson Plc* [2007] EWHC 1240, pt. 47.
274. HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *Law and Administration*, 3e éd., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 827 pages, p. 684.
275. CPR Part. 54.2.
276. CPR Part. 54.2.
277. CPR Part. 54.3.

Section II. L'échec de la détermination jurisprudentielle par critères

En l'absence de textes suffisamment précis, il revient aux juges de définir quelles affaires relèvent du juge administratif français ou de la procédure de *judicial review* anglaise. Concernant cette dernière, une précision doit être opérée. Nous venons de mettre en évidence que l'exclusivité procédurale en Angleterre avait perdu de sa substance.

Existe-t-il un critère permettant de répondre à la question du champ de compétence du juge administratif ? Existe-t-il un critère permettant d'identifier le champ de la *judicial review* ? Ces questions se posent en des termes identiques. Deux exigences doivent être conciliées dans la détermination du champ des recours. D'une part, les juges doivent adopter une position relativement souple afin de ne pas scléroser les recours. D'autre part, il est nécessaire de fixer des lignes directrices afin de permettre aux parties à un procès (requérants comme défendeurs) de déterminer avec une certaine précision quel juge doit être saisi et par le biais de quelle procédure. Une telle conciliation pourrait être permise par la détermination d'un ou plusieurs critère(s), à la fois souple et précis. C'est dans cette démarche que les juges français et anglais sont entrés. Plus exactement, comme nous le verrons par la suite, c'est ainsi que la doctrine, surtout en France, a présenté le tableau des affaires réglant les questions de compétence. Si, substantiellement, les réponses peuvent diverger, ce qui ne peut étonner, en revanche il faut relever que dans les deux cas la détermination par critère, que ce terme soit au singulier ou au pluriel, est un échec. Trop dogmatique, cette approche ne peut fonctionner. Les juges se basent en fait sur une approche casuistique, privilégiant une réponse souple et adaptable comme nous le verrons.

Une précision méthodologique doit être apportée. Il nous semble ici pertinent de ne distinguer entre droit anglais et droit français qu'au tout dernier moment des développements. En effet, les critères utilisés dans les deux cas, sans être similaires, reflètent des idées communes. Mais, afin de réunir ces deux expériences sous des titres communs, il est nécessaire de recourir à des notions larges, qui pourraient ne refléter entièrement ni l'une ni l'autre des situations des deux pays. En ce sens, nous verrons que si l'expérience d'un critère « non matériel » a été tentée en France et en Angleterre (I.), elle a été très vite supplantée par des considérations portant sur la nature de l'activité en cause (II.).

I. Le rejet d'un critère « non matériel »

Parler de critère « non matériel » permet, comme toute définition négative, de dire ce qu'il n'est pas, mais non ce qu'il est. Une telle terminologie a été utilisée dans le but de regrouper ici les développements français et anglais. Lorsque l'on parle de critère non-matériel, nous voulons dire un critère qui n'est pas relatif à l'activité de l'autorité soumise au contrôle du juge. La détermination se fait alors par des éléments extérieurs à cette activité en elle-même. En général moins dynamique, et donc plus rigide, les critères « non matériels » ont comme avantage d'apporter une réponse plus claire et plus simple. Cependant, leurs qualités deviennent aussi leurs défauts lorsque les évolutions de l'action publique rendent nécessaire d'avoir une approche plus réaliste. Cette conclusion vaut tant pour la France qu'en Angleterre, et explicite respectivement l'échec du critère organique (A.) et du critère de la source du pouvoir (B.).

A. L'expérience d'un critère organique en France

Comme élément décisif pour identifier la compétence du juge administratif, le critère organique aura peu vécu. Il n'a jamais véritablement pu suffire pour expliquer et justifier que le litige soit soumis à un juge spécial. Toutefois, il persiste comme condition nécessaire préalable (1.). L'exemple des contrats est topique de ce rôle (2.).

1. Le critère organique comme élément de détermination de la compétence du juge administratif

Dans les premières décennies de mise en œuvre du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, la répartition des compétences se fondait sur un critère organique. En ce sens, dès lors qu'une personne publique était impliquée dans un litige, ce dernier devait relever de la compétence du Conseil d'État[278].

Ce critère était alors simple et la compétence du juge facilement déterminée. Cependant, il

278. BENOIT (F.-P), *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968, 897 pages, p. 394 ; DEBBASCH (C.) et COLIN (F.), *Droit administratif*, 10e éd., Economica, 2011, 734 pages, p. 523 ; SEILLER (B.), « Les juges de l'administration », voir pp. 464-465 in *Traité de droit administratif*, t. II sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit.*

avait comme conséquence de donner une assise trop large au contrôle du juge administratif. Toutes les activités des personnes publiques devaient y être soumises. De plus, la simplicité, inhérente au critère organique, a cédé la place à une image de simplisme. Fallait-il laisser en dehors du contrôle du juge administratif des activités géraient par des personnes privées, mais dont la nature et les conditions de gestion se rapprochaient de celles des personnes publiques ? De même, fallait-il laisser en dehors du regard du juge judiciaire les activités purement privées des personnes publiques ? Le critère organique souffrait de déterminer à la fois trop largement (vis-à-vis des personnes publiques) et trop restrictivement (vis-à-vis des activités gérées par les personnes privées) la compétence du juge administratif. Ces questions soulignent que la recherche d'un dénominateur commun de la compétence du juge administratif ne peut pas être affaire de simplicité.

Le critère organique a ainsi été remis en cause. Le critiquant dans ses conclusions sur l'arrêt *Blanco*, le commissaire du Gouvernement David relève que « nous pouvons maintenant conclure que […] l'État en tant que personne civile, considérée soit comme propriétaire, soit comme contractant, et à raison des rapports qui découlent de ces situations entre lui et les particuliers, est justiciable des tribunaux ordinaires »[279]. Dès lors, la seule présence de l'État ne pouvait suffire à justifier la compétence du juge administratif. Il a été reconnu par la suite que des personnes privées pouvaient voir certains de leurs actes être soumis à la juridiction administrative. Telle est la portée reconnue de l'arrêt *Monpeurt*, illustrant la capacité des personnes privées gérant un service public à prendre des actes administratifs relevant de la compétence administrative[280].

Cette remise en cause peut être regrettable puisque « l'oubli presque systématique de la référence au critère organique […] a conduit à une désintégration du Droit Administratif français dans un ensemble fort complexe de solutions partielles »[281]. Cependant, elle est nécessaire. Ce que le critère organique gagne en simplicité, il le perd en logique. Ce n'est pas l'existence de l'État qui a rendu nécessaire la mise en place d'une juridiction administrative. Plutôt, c'est la prise en considération de la nature particulière des activités et des actes des personnes publiques qui justifient que le juge judiciaire ne puisse en connaître. En cela, le critère organique ne peut fonder logiquement, et à lui seul, la compétence du juge administratif.

Dans le même temps, il faut admettre que l'existence de l'administration est un des facteurs

279. *Dalloz* 1873, p. 21.
280. CE, Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, rec. 239 ; GAJA 21e éd., n°49. À l'époque où cet arrêt a été rendu, quelques incertitudes, exprimées notamment par Charles Eisenmann, pouvaient exister quant à la véritable signification des propos du Conseil d'État : EISENMANN (C.), « L'arrêt Monpeurt : Légende et réalité », pp. 221-249 in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956.
281. SABOURIN (P.), « Peut-on dire dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ? », *RDP* 1971, pp. 589-640.

justifiant l'existence du Conseil d'État et donc sa compétence. Comme le relevait Charles Eisenmann, « dans toute recherche d'une formule de définition du droit administratif, il faut partir de cette vérité première que l'existence d'un droit administratif correspond à l'existence d'une Administration, d'une Administration publique, bien entendu, c'est-à-dire un corps d'agents, d'un ensemble d'organes, d'une institution dénommée Administration »[282]. Pour autant, Eisenmann n'admettait pas que les considérations organiques puissent déterminer l'application d'un régime juridique particulier[283]. Le régime juridique de l'Administration, au sens organique, est dual : c'est un régime composé à la fois de droit privé et de droit public[284]. À ce titre, le juge ne peut faire l'économie d'une référence au critère organique[285].

2. L'utilisation persistante du critère organique en pratique : le cas des contrats administratifs

Le critère organique est fondamental dans la détermination de l'administrativité d'un contrat. Mais il s'avère insuffisant. Deux situations permettent d'illustrer cette idée. La première retiendra particulièrement notre attention. D'une part, sans personne publique comme partie, le contrat ne peut être administratif (a.). D'autre part, la présence d'au moins une personne publique ne suffit pas à qualifier un contrat d'administratif (b.). Certes, cet exemple n'est pas pertinent en premier lieu pour le recours pour excès de pouvoir. Pour autant, il est particulièrement pertinent et clair pour illustrer la jurisprudence administrative en ce domaine.

a. La présence d'une personne publique, condition *sine qua non* de l'administrativité du contrat

En principe, un contrat passé entre deux personnes privées est présumé être privé[286]. Ce principe a été réaffirmé avec force par le Tribunal des conflits, avec l'abandon de sa jurisprudence *Entreprise Peyrot* (*α.*)[287]. Toutefois, même dans le cadre de cette dernière, le critère organique n'était pas totalement exclu (*β.*).

282. EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t. I, LGDJ, Paris, 2014, 787 pages, p. 95.
283. *ibid*, pp. 148-149.
284. *ibid*, pp. 137-152.
285. SABOURIN (P.), *ibid.*, pp. 624-640.
286. TC, 17 décembre 2001, *Société Rue Impériale de Lyon c. Société Lyon Parc Auto*, rec. 461, *RDI* 2002, p. 222, obs. de Jean-David Dreyfus.
287. TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot c. Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, rec. 787, *Dalloz* 1963.534 ; concl. Lasry, note Josse.
Elle a été remise en cause par la jurisprudence Rispal : TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal c/ Société des autoroutes du Sud de la France*, rec. 499, *RFDA* 2015, p. 265, ccl. Escaut ; GAJA 21e éd., n°116.

α. La remise en cause de la jurisprudence Entreprise Peyrot *: la réaffirmation de l'importance du critère organique*

La jurisprudence *Entreprise Peyrot* a longtemps constitué la ligne directrice du juge dans ce domaine. Ainsi pouvait être administratif le contrat, passé entre deux personnes privées, portant sur des travaux routiers, et plus précisément ici des autoroutes. Sa portée sera étendue à d'autres types de routes nationales[288], et aux travaux y étant effectués[289]. La doctrine justifie l'arrêt *Entreprise Peyrot* par l'objet du contrat[290]. C'est parce que de telles opérations relèvent, pour reprendre les termes du juge des conflits, « par nature de l'État » qu'elles doivent être soumises au juge administratif[291]. Elles sont alors réputées être exécutées « pour le compte de l'État ». Cette conclusion s'impose quand bien même elles seraient réalisées par la voie d'un contrat passé en dehors de la présence de toute personne publique. À ce titre, la jurisprudence *Entreprise Peyrot* doit se distinguer des cas où l'une des personnes privées contractantes est transparente[292] ou agit par mandat, civil[293] ou administratif[294]. Dans toutes ces situations, c'est bien une personne publique qui agit derrière ou par le biais de la personne privée.

En 2015, dans son arrêt *Rispal*, le Tribunal des conflits remet en cause le critère matériel « par nature », au profit d'un retour à une vision plus classique[295]. Le juge des conflits y précise « qu'une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une autre personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'État ». Dès lors, le contrat entre deux personnes privées est de nature privée et est soumis au juge judiciaire. Pour pouvoir être administratif, il faut nécessairement une personne publique. Celle-ci peut être partie au

288. Par exemple, aux tunnels routiers : CE, 24 avril 1968, *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc*, rec. 256.
289. CE, 12 janvier 2011, *Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, n°332136 ; *RJEP* Juin 2011, p. 38, note Phlippe Terneyre (à propos de l'intégration d'un réseau de fibres dans le revêtement d'une autoroute).
290. FABRE (F.J.) et MORIN (R.), « À propos d'une décision du Tribunal des Conflits. Quelques aspects actuels du contrôle des sociétés d'économie mixte », *RDP* 1964, pp. 767-794 ; LLORENS (F.), « La jurisprudence *Société entreprise Peyrot* : nouveau développement », *RFDA* 1985, pp. 353-363.
291. Voir les observations faites sous l'arrêt *Entreprise Peyrot* dans la 19e édition du GAJA (2013, Dalloz, Paris, n°80). La 20e édition ne le reprend plus, préférant le nouvel arrêt *Rispal* (GAJA 20e éd., 2015, Dalloz, Paris, n°118 ; GAJA 21e éd., 2017, Dalloz, Paris, n°116).
292. CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, rec. 130 ; *AJDA* 2007, p. 915 note Jean-David Dreyfus ; *Dalloz* 2007, n°27, p. 1937, Muriel Dreifuss.
293. Sur le fondement de l'article 1984 du Code civil. Pour un exemple, voir : TC, 23 septembre 2002, *Sociétés Sotrame et Metalform*, n°3300.
294. CE, Sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la Région montpelliéraine*, rec. 326 ; *Dalloz* 1976, pp 3-7, note F. Moderne.
295. TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal c/ Société des autoroutes du Sud de la France*, rec. 499 ; *RFDA* 2015, p. 265, ccl. Escaut ; GAJA 21e éd., n°116.

contrat. Mais elle peut aussi se situer dans ce que l'on appellera « l'entourage direct du contrat ». C'est ce cas que réserve l'arrêt *Rispal* en parlant de « conditions particulières », permettant au contrat d'être qualifié d'administratif[296]. L'expression « entourage direct du contrat » englobe diverses hypothèses comme celle du mandat, de la transparence et des contrats qui « constituent l'accessoire d'un contrat de droit public »[297]. En effet, dans ce type de situations, la personne publique n'est pas nécessairement impliquée au premier plan dans la relation contractuelle en cause. Mais par son action ou certaines de ses décisions, elle est à l'origine du contrat entre les deux personnes privées.

β. la présence d'un critère organique dissimulée dans l'affaire Entreprise Peyrot

Dans feu l'arrêt *Entreprise Peyrot*, toute référence à la personne publique n'était déjà pas écartée. Si le critère central est celui de la nature de l'activité, celle-ci justifie le rattachement des prestations en cause à l'État. Pour fictif qu'il soit, ce rattachement illustre le réflexe qu'a le juge de rechercher, au moins en partie, à justifier la solution par le critère organique. La notion d' « entourage », que nous avons utilisée auparavant, s'applique alors aussi dans ce cas. Sans être partie au contrat, l'État, ou plutôt son ombre, plane sur la relation contractuelle. Sa présence est mise en lumière par la nature de l'activité[298]. Deux éléments d'importance militent en effet en ce sens.

Premièrement, le commissaire du Gouvernement Lasry appuie ses conclusions sur la présence d'un mandat implicite[299]. Détaillant le contrat de concession et la nature de la société d'économie mixte avec laquelle il est passé, il en conclut que « *la concession, dans les conditions où elle a été accordée, a eu pour objet et pour effet de substituer la société d'économie mixte à l'État* »[300]. Un lien fort est identifié entre l'État et la société d'économie mixte. Il résulte en grande partie de la volonté du législateur. La loi de 1955 vient notamment énumérer les organismes pouvant recevoir une concession d'autoroute. En sont exclues implicitement, de façon remarquable, les personnes purement privées. Si les sociétés d'économie mixte sont autorisées à recevoir une concession d'autoroute, ce n'est qu'à la condition qu'elles soient à participation publique majoritaire.

296. Sur les incertitudes et questions que posent cette expression, voir : BOUL (A.) et DURANTHON (A.), « Et *Peyrot* périt : oraison funèbre d'un quinquagénaire incompris », note sous l'arrêt *Rispal*, *Les Petites Affiches*, juin 2015, n°123, pp. 15-21, pp. 18-19.
297. TC, 8 juillet 2013, *Société d'exploitation des Énergies photovoltaïques c. Société Electricité Réseau Distribution France*, rec. 371.
298. Cette idée a été développée avec force par Marguerite Canedo dans sa thèse : CANEDO (M.), *Le mandat administratif*, thèse, LGDJ, Paris, 2001, 876 pages.
299. *Dalloz* 1963, pp. 534-539.
300. *ibid*., p. 537 (C'est l'auteur qui souligne).

De même, le législateur exclut la possibilité pour le concessionnaire de faire des profits. Tous ces éléments permettent au commissaire du Gouvernement Lasry d'énoncer que « *la volonté du législateur a été de placer la société d'économie mixte dans une situation de fait et de droit assimilable à celle d'un mandataire, agissant pour le compte d'une personne morale de droit public et dans les mêmes conditions que celle-ci* »[301]. Dans sa note sur cet arrêt, Josse ne dira pas autre chose. Le Président de section affirmera que « voir dans ces sociétés des sociétés privées est une vue de l'esprit »[302]. Il faut ainsi les considérer comme « des mandataires – désintéressés d'après leur statut découlant de la loi portant statut des autoroutes – chargées, pour le compte de l'État, d'accomplir des tâches rentrant traditionnellement et normalement dans les attributions de l'État »[303]. Évoquée explicitement par Lasry, l'idée de mandat ne sera toutefois pas reprise par le Tribunal des conflits. Comme nous l'avons dit, le juge se contente d'affirmer que l'objet du contrat relève « par nature » de l'État. Pour autant, peut-on exclure entièrement l'influence des arguments du commissaire du Gouvernement dans la solution retenue ? Deux éléments nous font penser que non.

Le Tribunal des conflits affirme clairement qu'en principe les travaux routiers sont pris en charge par l'État. En ce sens, la concession, à cette époque, n'est qu'exceptionnelle. Cet élément est d'importance. Pour preuve, les critiques qui suivront l'arrêt *Entreprise Peyrot* porteront notamment sur l'évolution dans le mode de gestion des travaux routiers. La régie directe n'est plus le principe. La concession s'y est substituée. Les modalités d'action de l'État ayant évolué dans ce domaine, il n'est plus possible de considérer que de tels travaux relèvent « par nature » de l'État[304]. C'est d'ailleurs l'un des arguments utilisés par le rapporteur public Nathalie Escaut dans l'affaire *Rispal* pour justifier le revirement de jurisprudence[305]. Dans une veine similaire, elle soutient que si le régime administratif permettait de conférer des pouvoirs exorbitants aux concessionnaires, ce traitement de faveur n'a plus autant d'importance aujourd'hui[306]. Prenant le contre-pied parfait de la décision du Tribunal des conflits, elle souligne que « la nature des travaux autoroutiers n'impose pas une qualification administrative des contrats portant sur leur réalisation »[307].

Ensuite la jurisprudence *Entreprise Peyrot* est souvent présentée comme étant une

301. *idem*. C'est l'auteur qui souligne.
302. *Dalloz* 1963, p. 539.
303. *idem*.
304. Note P. Terneyre sur CE, 12 janvier 2011, *Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, n°332136, *RJEP* Juin 2011, p. 38 ; CANEDO-PARIS (M.), « La jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* : stop ou encore ? », *RFDA* 2015, pp. 32-46 ; BRENET (F.), « Abandon pour l'avenir de la jurisprudence *Peyrot* », *DA* Mai 2015, pp. 37-41, pp. 38-39 ; LESSI (J.) et DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), « Fin d'un splendide isolement : l'abandon de la jurisprudence *Entreprise Peyrot* », *AJDA* 2015, pp. 1204-1209, p. 1206 ; BOUL (A.) et DURANTHON (A.), « Et *Peyrot* périt : oraison funèbre d'un quinquagénaire incompris », *op. cit.*, p. 18.
305. *RFDA* 2015, p. 266.
306. *RFDA* 2015, pp. 266-267.
307. *ibid*., p. 267.

jurisprudence d'opportunité[308]. En ce sens, l'argument en fait déterminant aurait été la volonté du juge des conflits d'éviter l'éclatement du régime juridique des travaux routiers. Puisqu'en principe ceux-ci sont réalisés directement par l'État, ils sont soumis au juge administratif. Par exception, ils peuvent être exécutés par un contrat passé entre un concessionnaire et une entreprise privée. Soumettre ces contrats aux critères classiques conduirait à reconnaître la compétence du juge judiciaire. Afin d'éviter cela, le Tribunal des conflits les qualifie de contrats administratifs. C'est là aussi un argument déterminant dans les conclusions Lasry. Le commissaire du Gouvernement s'appuie sur la notion de « blocs de compétence »[309]. Cette idée transparaît dans le considérant de principe de la décision du Tribunal des conflits. Quatre temps peuvent être identifiés à la lecture : la construction des routes nationales appartient par nature à l'État ; elle est opérée en régie directe par celui-ci ; les marchés concernant une telle activité sont soumis au droit public ; dès lors, « il doit en être de même » pour ceux passés par les concessionnaires d'autoroutes. Le régime de droit public s'applique presque par la force des choses, de façon obligatoire, mécanique. Dans ses conclusions sur l'affaire *Rispal*, Nathalie Escaut se fonde aussi sur cet argument du « bloc de compétence », mais pour justifier la compétence du juge judiciaire. Puisque l'État n'agit plus en régie directe, les opérateurs sont avant tout des concessionnaires. Or, en dehors des contrats routiers, leurs contrats sont de droit privé. Il apparaît alors nécessaire d'unifier le contentieux les concernant au profit du seul juge judiciaire[310]. Aussi on le voit, la présence et l'intervention de l'État expliquent en grande partie la jurisprudence *Entreprise Peyrot*. Le désengagement étatique progressif, et ainsi l'absence de personne publique dans « l'entourage » des opérations, obligent la jurisprudence à un changement de perspective.

Deuxièmement, quand des concessions seront attribuées à des personnes purement privées, la jurisprudence *Entreprise Peyrot* va s'y appliquer, sans varier. En effet, la véritable remise en cause du critère organique dans les contrats de travaux routiers semble provenir de la décision *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, rendue le 3 mars 1989 par le Conseil d'État[311]. Par cet arrêt, est reconnue la nature administrative des contrats passés par un concessionnaire, « quel que soit le statut » de celui-ci, et une entreprise privée, dès lors qu'ils portent sur un travail routier. Il étend ainsi la portée de l'arrêt *Entreprise Peyrot* à des opérateurs jusque-là exclus : les « entreprises

308. CANEDO-PARIS (M.), *Le mandat administratif, op. cit*., pp. 121-122 ; « La jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* : stop ou encore ? », *op. cit.*, pp. 35-36 ; BRENET (F.), *ibid*., p. 38.
Voir aussi la note de Josse, indiquant qu' « en cette matière ce sont les faits, peut-on dire, qui ont dicté la solution de droit » (*Dalloz* 1963, pp. 537-539, p. 538).
309. *Dalloz* 1963, p. 537.
310. *RFDA* 2015, p. 267.
311. CE, Sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, rec. 69 avec concl. E. Guillaume ; *AJDA* 1989, p. 391 note J. Dufau ; *RFDA* 1989, p. 619, note B. Pacteau.

privées proprement dites »[312]. Les arguments soulevés par le commissaire du Gouvernement Lasry sur la nature particulière des sociétés d'économie mixte retenues ne valent plus. Malgré les apparences, toute présence du critère organique n'est pas exclue dans l'arrêt de 1989.

Tout d'abord, si le contrat relève du juge administratif, c'est toujours parce que son objet « appartient par nature à l'État » et que celui-ci l'exécute « traditionnellement » en régie directe. Le Conseil d'État peut ainsi conclure que le marché a été passé « pour le compte de l'État ». Cette formule, loin d'être anodine, permet de le rattacher à une personne publique[313]. Elle révèle bien qu'*in fine*, c'est l'État qui profite des travaux[314]. Ensuite, s'il l'on admet que l'objet du contrat, le critère matériel en un mot, traduit la présence de l'État, le fait que le concessionnaire soit purement privé importe peu. L'idée selon laquelle, du fait leur nature, les travaux en cause relèvent de l'État, ne perd pas de sa force. On peut dire ici, en somme, que l'objet du contrat permet de dépasser le concessionnaire privé, pour rattacher l'opération à l'État. Dès lors, peu importe la nature de l'opérateur.

En somme l'arrêt *Entreprise Peyrot* s'explique par un ensemble d'éléments. Ils sont juridiques dans un premier temps. Le lien qui unissait l'État et les sociétés d'économie mixte ne pouvait être ignoré. De même, ne pouvait être écarté le fait que ces opérations étaient traditionnellement exécutées en régie directe. Ils sont d'opportunité dans un second temps. Le Tribunal des conflits, sous l'impulsion de son commissaire du Gouvernement, est influencé par « des considérations de bonne administration de la justice et de bonne administration tout court »[315]. Les premières concernent en particulier l'argument du « bloc de compétence ». Les secondes touchent au régime exorbitant dont bénéficient les concessionnaires.

Le changement dans les circonstances entourant les concessions autoroutières oblige à une évolution de la jurisprudence. Le désengagement de l'État fait perdre de leur importance à tous les éléments retenus en 1963 par le commissaire du Gouvernement. Tant les éléments juridiques que

312. Nous reprenons les termes du commissaire du Gouvernement Lasry qui excluait, à ce moment, de telles entités des contrats de concessions d'autoroutes : *Dalloz* 1963 p. 537.
313. CANEDO (M.), *Le mandat administratif, op. cit*., pp. 201-212 et pp. 264-265.
314. C'est d'ailleurs la même référence à l'expression « pour le compte de » qui est faite dans l'arrêt *Société d'équipement de la Région montpelliéraine* (CE, Sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la Région montpelliéraine*, rec. 326 ; *Dalloz* 1976, pp. 3-7 note F. Moderne). En l'espèce, le contrat, passé entre une société d'économie mixte et une entreprise privée, portait sur la construction de voies publiques. Sans difficulté, cette jurisprudence est interprétée comme faisant jouer la théorie du mandat implicite ou administratif. Rien ne semble justifier logiquement qu'à la même expression, utilisée dans des contextes très similaires, le Tribunal des conflits n'attribue pas le même sens.
Sur la théorie du mandat implicite : voir par exemple les conclusions Genevois sur TC, 12 novembre 1984, *Société d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*, rec. 666, conclusions à l'*AJDA* 1985, pp. 156-159 ; les conclusions Dacosta sur CE, 3 juin 2009, *Société Aéroports de Paris*, rec. 216, conclusions au recueil ; LLORENS (F.), « La jurisprudence *Société entreprise Peyrot* : nouveau développement », *RFDA* 1985, pp. 353-363 ; SIMMONET (Y.), « Obligation d'achat : nature des contrats », *DA* Novembre 2013, comm. 78.
315. Conclusions Lasry, *Dalloz* 1963, p. 537.

d'opportunité se trouvent affaiblis. Les travaux routiers ne relèvent plus « par nature » de l'État. Leur exécution ne peut plus être considérée comme opérée pour son compte. De façon paradoxale, l'affaire *Rispal* illustre le vrai fondement de la décision *Entreprise Peyrot*. En prenant acte de l'affaiblissement de la présence étatique, elle opère un revirement et met fin à une jurisprudence considérée comme énigmatique.

b. La présence d'au moins une personne publique, condition insuffisante à la qualification d'un contrat administratif

La formule est ici simple. Si une seule personne publique est partie, cela ne suffit pas à qualifier le contrat d'administratif. En effet, le juge s'intéresse aussi à l'objet du contrat ou à la présence d'une « clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs »[316]. Cette nouvelle dénomination remplace cette de « clause exorbitante » autrefois employée[317]. Le changement est purement sémantique. Toutefois, par souci de simplicité, nous emploierons l'ancienne expression. De la même façon, si la personne publique présente au contrat agit par mandat pour le compte d'une personne privée, dans ce cas le critère organique n'est pas rempli. Le contrat sera de droit privé[318].

Si, un temps, le juge a pu considérer que la présence de deux personnes publiques permettait d'établir une présomption d'administrativité du contrat[319] cette position s'est depuis lors quelque peu érodée.

En premier lieu, la présence de deux personnes publiques n'empêche pas le juge de s'intéresser à la présence d'un service public, élément qui certifie le caractère administratif du contrat[320]. Dans ce cas, le critère matériel vient en renfort du critère organique.

En second lieu, la présomption reposant sur la présence de deux personnes publiques peut tomber eu égard à l'objet du contrat[321]. Lorsque l'une des parties publiques n'est en fait que l'usager d'un service industriel et commercial géré par une autre personne publique, le contrat est de droit

316. Cette formule découle de l'arrêt *Sté Axa France IARD* (TC, 13 octobre 2014, *RFDA* 2014, pp. 1068-1072, concl. Desportes ; *RA* 2015, n°1, pp. 34-38, note. F. Brenet).
317. Par exemple : TC, 5 juillet 1999, *Commune de Sauve*, rec. 465.
318. CE, 3 juin 2009, *OPAC du Rhone*, rec. t. 667 ; *AJDA* 2009, p. 1126.
319. TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*, rec. 537.
320. TC, 7 octobre 1991, *Centre régional des œuvres universitaires et scolaires de l'académie de Nancy-Metz*, rec. 432.
321. TC, 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blenod-lès-Pons-à-Mousson c. OPHLM de Meurthe-et-Moselle*, rec. 123.

privé[322]. La nature de la relation prime le critère organique. Il arrive même que le juge s'intéresse directement au fond du contrat, sans faire mention de la présomption d'administrativité du contrat pourtant passé entre deux personnes publiques[323]. Il pourra toutefois, dans une telle situation, qualifier le contrat d'administratif s'il contient une « clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs »[324].

Bien que nécessaire pour qualifier un contrat de contrat administratif, le critère organique ne peut jouer le rôle de critère unique. Le juge se penche sur des éléments matériels. Cela est d'autant plus révélateur que le juge peut y recourir alors même que le critère organique fonde une présomption d'administrativité du contrat.

Une conclusion similaire s'impose en ce qui concerne le critère de la source du pouvoir en Angleterre. Éloigné de la nature même de l'activité en cause, il joue de façon importante, mais non exclusive.

B. La source du pouvoir, premier critère utilisé pour la judicial review

Le critère de la source du pouvoir joue un rôle très important dans la détermination du champ de la *judicial review.* Élément formel fondé sur le rôle central du Parlement (1.), il se voit cependant de plus en plus remis en cause sans être pour autant abandonné (2.).

1. La source du pouvoir, critère fondamental

Dans l'affaire *O'Reilly v. Mackman*, établissant le principe de l'exclusivité de la *judicial review* pour les litiges de droit public, la Chambre des Lords reste imprécise sur le critère permettant de délimiter les affaires qui doivent être traitées par voie de *judicial review.* Tout au plus, il est possible de relever que pour Lord Diplock, « maintenant qu'il est possible d'obtenir tous types de décisions par voie de judicial review, je pense qu'elle devrait être le recours normal dans toutes les affaires de droit public lorsqu'une personne privée attaque le comportement d'une autorité publique ou d'un organe public, ou n'importe qui exerçant une charge publique »[325]. En l'état, les

322. CE, 3 novembre 2003, *Union des groupements d'achats publics*, rec. 430.
323. CE, 1er mars 2000, *Commune de Morestel*, rec. t. 899 ; *CJEG* 2000, p. 191, concl. Goulard.
324. TC, 15 novembre 1999, *Commune de Bourisp*, rec. 478. Cet arrêt parle encore à ce moment de « clause exorbitante ». Le changement opéré par le juge est ici surtout sémantique.
325. *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237, p. 256.

propos du Lord font apparaître deux critères : un critère formel et un critère matériel. Soit l'organe en cause est public et cette qualité suffit à le soumettre à la *judicial review*. Soit un organe, qui n'est pas nécessairement public, exerce une mission, une charge, comme dit le Lord, qui est, elle, publique. Dans le premier cas, le critère est plutôt formel, alors qu'il est matériel dans le second. C'est bien cette première acception qui sera d'abord privilégiée (a.), notamment car elle pouvait se justifier au regard de la souveraineté du Parlement (b.).

a. Le critère formel privilégié

Dans un premier temps, c'est un critère formel qui sera utilisé par les Lords. Le critère est alors celui de la source du pouvoir. Lorsqu'un acte est pris sur le fondement d'une loi, alors il est attaquable par voie de *judicial review*. Ainsi, les juges peuvent connaître par *judicial review* d'une législation déléguée confectionnée par l'exécutif, qui serait contraire à la loi d'habilitation[326].

A contrario, les décisions prises sur un autre fondement ne peuvent être soumises à cette procédure. Ainsi, si le pouvoir provient d'un contrat alors la *judicial review* ne sera pas possible. Dans l'affaire *Law v. National Greyhound Racing Club Ltd*, le propriétaire d'un chien de course attaque, par une action civile, la décision du Club qui a suspendu sa licence d'entraîneur pour dopage de l'animal[327]. Le Club affirme poursuivre des fonctions publiques au motif que ses décisions affectent le public ou une partie du public[328]. Les juges de la Cour d'Appel ne vont pas suivre ces arguments, et vont affirmer que les relations qui existent entre le requérant et le Club, et plus généralement entre le Club et tous ses membres, sont des relations qui prennent leur source dans un contrat. Le litige qui naît doit donc être résolu par voie de droit privé puisque le Club détient son pouvoir du consentement des membres à son autorité, et non d'une loi. Cette affaire vient confirmer un principe constant du droit anglais : dès lors qu'est en cause un contrat, le litige ne peut être que de droit privé, car ce type d'acte révèle un consentement et non un acte d'autorité[329]. La réforme de 1977, regroupant les différentes décisions judiciaires au sein de la procédure unique de *judicial review*, n'est que d'ordre procédural et non l'expression de la volonté d'étendre le champ

326. *R. v. Secretary of State for Social Security, ex p. Joint Council for the Welfare of Immigrants* [1997] 1 WLR 275, p. 292 (Simon Brown LJ).
327. *Law v. National Greyhound Racing Club Ltd* [1983] 1 WLR 1302.
328. *ibid*., p. 1306 (Lawton LJ).
329. *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, ex p. Lain* [1967] 2 QB 864 et notamment Lord Parker CJ affirmant que «les tribunaux privés ou internes ont toujours été en dehors du champ du *certiorari* dès lors que leur pouvoir dérive seulement d'un contrat, ce qui est un accord entre les parties concernées » (p. 882). Dans la même décision, voir le jugement de Diplock LJ (p. 884 notamment).

d'application de la *judicial review*[330]. Et, comme l'affirme Parker CJ, dans une autre affaire, « les tribunaux ont toujours été en dehors du champ d'application de certiorari dès que leur autorité provient seulement d'un contrat, tel que, un accord entre les parties concernées »[331].

Or, les juges ne changeront pas de mode de raisonnement et vont s'inscrire dans les pas des jurisprudences antérieures. De la même façon, il a été décidé que l'employé d'une personne publique ne peut faire une *judicial review* contre la décision de le renvoyer au motif que ses relations avec la personne publique sont contractuelles et non légales[332]. Dans une optique similaire, si les décisions de l'Ombusman parlementaire créé par la loi sont attaquables par voie de *judicial review*[333], tel n'est pas le cas des décisions d'un Ombudsman créé dans un secteur particulier, par contrat[334]. Il est aussi possible de relever que si une décision est prise par une personne privée en vertu d'un contrat passé avec une personne publique alors cette décision ne peut relever de la *judicial review.* Ce principe est aussi valable quand bien même le contrat aurait été passé pour permettre à l'autorité publique d'exercer les obligations venant de la loi[335]. La présence d'une personne publique à un contrat ne suffit pas à faire de celui-ci, un contrat public : la nature contractuelle de la relation l'emporte sur la nature de l'organe[336].

Dès lors, une distinction apparaît entre la décision prenant sa source dans la loi et celle prenant sa source dans un contrat. Seule la première peut être attaquée par voie de *judicial review.* Quant à la seconde, elle peut faire l'objet des décisions d'injonction et déclaration par le biais d'une procédure ordinaire.

---

330. *Law v. National Greyhound Racing Club Ltd* [1983] 1 WLR 1302, p. 1308 (Lawton LJ).
331. *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, ex p. Lain* [1967] 2 QB 864, p. 882.
332. *R. v. British Broadcasting Corporation, ex p. Lavelle* [1983] 1 WLR 23 ; *R. v. East Berkshire Health Authority, ex p. Walsh* [1985] QB 152.
En revanche si aucun contrat n'existe, la *judicial review* peut être utilisée : *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Benwell* [1985] 1 QB 554 ; *R. (on the application of Shoesmith) v. Ofsted* [2011] EWCA Civ 642.
Voir : MORRIS (G.S) et FREDMAN (S.S), « Public or private ? State employees and judicial review », *LQR* 1991, pp. 298-316.
333. *R. v. Parliamentary Commissioner for Administration, ex p. Balchin (No. 1)* [1997] COD 146.
334. *R. v. Insurance Ombudsman Bureau ex p. Aegon Life Assurance Ltd* [1994] CLC 88.
335. *R. v. Servite Houses and Wandsworth LBC, ex p. Goldsmith* [2001] ACD 4 : un contrat était passé entre une autorité locale et une association de logement dans le but de fournir des résidences de soin à des personnes âgées. La mise à disposition de tels logements était une obligation légale posée par la section 47 du *National Health Service and Community Care Act* 1990. La décision de l'Association de fermer les logements, alors que l'autorité avait promis aux résidents des logements à vie, n'est pas susceptible de *judicial review* car elle se fonde sur le contrat passé entre les deux autorités. Voir CRAIG (P.), « Contracting Out, the Human Rights Act and the Scope of Judicial Review », *LQR* 2002, pp. 551-568, notamment pp. 561-568.
336. Voir : *R. v. East Berkshire Health Authority, ex p. Walsh* [1985] QB 152. Dans l'affaire *R. v. Civil Service Appeal Board, ex p. Bruce* ([1988] ICR 649), May J. relève ainsi que « en outre, la décision de la Cour d'Appel dans l'affaire Walsh relève clairement que le seul fait que le requérant soit employé par une personne publique ne suffit pas à injecter l'élément de droit public nécessaire pour justifier les décisions judiciaires de droit administratif ou la judicial review ».

b. Un critère justifié par le respect de la souveraineté du Parlement

Ce critère de la source s'inscrit dans la lignée des idées de Dicey. Comme nous le verrons en détail plus loin, pour le célèbre publiciste anglais, il n'existe pas de pouvoirs discrétionnaires outre-Manche[337]. Tous les pouvoirs des autorités publiques dérivent de la loi. Dès lors, il apparaît logique, lorsque la loi octroie un pouvoir, que la *judicial review* soit ouverte. *A contrario*, Dicey fait du contrat l'instrument privilégié des relations individuelles et donc du droit privé[338]. Comme nous l'avons déjà mis en évidence, la *judicial review* sert principalement à faire respecter le principe de légalité, ce qui signifie veiller au respect de la volonté du Parlement.

De plus, il apparaît aussi que ce critère de la source renvoie à une idée similaire à celle du critère organique en France. D'une part, la simplicité apparente d'un tel critère est indéniable. Son application ne pose, en principe, pas ou peu de difficultés. D'autre part, le critère de la source du pouvoir renvoie à une idée proche d'une vision organique. Si une autorité est créée par la loi et puise ses pouvoirs dans cette dernière, alors c'est une autorité publique. Ainsi, dans l'affaire *Beer* de 2004, Dyson LJ relève que « si le pouvoir provient de la loi […] alors c'est un organe public et la décision est attaquable par voie de droit public »[339]. Cela signifie ainsi, selon Peter Cane, que si « les organes publics peuvent être soumis à une demande de judicial review, les organes privés (définis comme ceux dont l'existence et les pouvoirs proviennent d'un contrat ou, peut-être, de la coutume) ne le sont pas »[340].

Pourtant bien ancré dans la tradition juridique anglaise, le critère de la source va être critiqué pour ses insuffisances.

2. Les insuffisances du seul critère de la source du pouvoir

Ce critère de la source du pouvoir se trouve, en effet, triplement limité.

Premièrement, certaines décisions, pourtant prises sur le fondement d'une loi, ne mettent pas en jeu des éléments publics suffisants pour justifier une *judicial review*[341]. Tel est le cas, par

337. Voir *infra* : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II, I, A.
338. ARROWSMITH (S.) « Judicial Review and the Contractual Powers of Public Authorities », *LQR* 1990, pp. 277-292.
339. *R. (on the application of Beer (trading as Hammer Trout Farm)) v. Hampshire Farmer's Markets Ltd* [2004] 1 WLR 233, [12].
340. CANE (P.), « Public Law and Private Law : A Study of the Analysis and Use of a Legal Concept », pp. 57-78, p. 67, in *Oxford Essays in Jurisprudence, 3e série*, sous la dir. de J. Eekelaar et J. Bell, Clarendon Press, 1987.
341. BEATSON (J.), « 'Public' and 'Private' in English administrative law », *LQR* 1987, pp. 34-65, pp. 47-48 ; WOOLF

exemple, lorsqu'une autorité publique décide de passer un contrat alors même que c'est la loi qui lui reconnaît un tel pouvoir. Dans ce cas, l'élément public dans le litige, incarné dans la loi, n'est pas suffisant pour justifier d'accorder la *judicial review*[342].

Deuxièmement, appliqué de façon stricte, ce critère conduirait à étendre la *judicial review* à toutes les décisions prises par des organes dont l'activité peut être régie par une loi[343]. Or, une telle position n'est pas admissible. Pour John Bell, « des pouvoirs ou des compétences qui ont leur origine dans un contrat ou dans une loi générale ne relève pas du droit public. Par contre, si une loi spécifique à l'organisme règle sa capacité ou son fonctionnement, le pouvoir en cause relèvera du droit public »[344]. Là encore, la simple présence d'une loi ne suffit pas à donner un caractère public à la décision prise.

Troisièmement, la loi n'est pas la seule source du pouvoir des autorités publiques. Deux autres sources existent.

Un agent de la Couronne, bien souvent un ministre, peut prendre des décisions se fondant sur ce qui est appelé la prérogative royale. Celle-ci se définit comme étant la part résiduelle des pouvoirs de *common law* autrefois reconnus aux Rois. Elle se constitue des pouvoirs discrétionnaires que détient « personnellement » la Couronne, et que le Parlement n'a pas régi par une loi[345]. Dans l'affaire dite *GCHQ*, la Chambre des Lords, encore largement inspirée par Lord Diplock, admettra que peut être soumise à la *judicial review* une décision qui prend sa source dans la prérogative royale[346]. Dans ce cas, ce n'est pas la loi votée par le Parlement qui fonde la décision,

(H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial review*, 6e éd, *op cit.*, pp. 124-125.

342. BAILEY (S.H.), « Judicial review on contracting decisions », *PL* 2007, pp. 444-463 ; DAVIES (A.C.L.), *The Public Law of Governments Contracts*, OUP, Oxford, 2008, 343 pages, pp. 157-165.
Voir le jugement de Elias J. dans *R. (on the application of Molinaro) v. Kensington and Chelsea RLBC* [2001] EWHC admin 896 : l'utilisation de pouvoirs venant de la loi dans la passation d'un contrat ne suffit pas à donner un caractère public suffisant au litige ([66]). Pour un exemple de contrat passé en vertu d'une loi sans que cela conduise à *judicial review*, voir l'affaire : *R. v. Servite Houses and Wandsworth LBC, ex p. Goldsmith* ([2001] ACD 4).
R. v. Bolsover DC, ex p. Pepper [2001] JPL 804 ([36] par Mr Justice Keene) : n'est pas soumise à *judicial review*, la décision de l'autorité publique, prise en vertu d'une loi, de vendre des terrains, et ce au motif que l'élément public de l'affaire n'est pas suffisant.
R. v. Jockey Club, ex p. Aga Khan [1993] 1 WLR 909 : si une autorité voit ses pouvoirs être prévus par la loi, mais que la relation qu'elle entretient avec le requérant ressort d'un accord entre eux, alors les juges considéreront que les mesures prises par l'autorité envers l'individu reposent sur cet accord et sont ainsi en dehors du champ de la *judicial review* (pp. 923-924, par Sir Thomas Bingham MR. Ces propos constituent en l'espèce un *obiter dictum* puisque le Club n'était ici pas dans une telle situation, mais été reconnue par une Charte Royale).

343. CRAIG (P.), *Adminsitrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 837.

344. BELL (J.), « Droit public et droit privé : une nouvelle distinction en droit anglais (l'arrêt *O'Reilly v. Mackman* : un arrêt *Blanco*?) », *RFDA* 1985, pp. 399-409, p. 408.

345. LAWSON (F.H.) et BENTLEY (D.J.), *Constitutional and Administrative Law*, Butterworths, Londres, 1961, 395 pages, pp. 28-41 ; PARPWORTH (N.), *Constitutional and Administrative Law*, 7e éd., OUP, Oxford, 2012, 540 pages, pp. 52-70.

346. *Council of Civil Service Unions v. Minister of the Civil Service* [1985] AC 374, p. 409. Cette affaire confirme la solution déjà dégagée dans *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, ex p. Lain* ([1967] 2 QB 864) mais dont le

mais la partie résiduelle des pouvoirs propres, provenant de l'histoire, restant aux mains de la Couronne, reconnue par la *common law*[347].

Il est de plus en plus reconnu, en jurisprudence et en doctrine, que les pouvoirs des personnes publiques ne se fondent pas uniquement sur la loi ou sur la prérogative royale. À côté de ces deux sources existe une « troisième source » autorisant les personnes publiques à agir comme un individu, dès lors que cela ne lui est pas interdit par la loi et que la décision ne viole pas de droits[348]. Parfois appelée « source de fait », cette « troisième source » ne devrait pas permettre un contrôle de *judicial review* au regard du critère de la source du pouvoir. Cette position est cependant inadmissible tant les décisions qui peuvent en découler sont importantes, comme passer certains contrats ou mettre en place des mécanismes de pensions pour les veuves[349]. La nécessité de soumettre aussi ces actes au contrôle de *judicial review* va entraîner l'abandon du critère de la source du pouvoir, devenu insuffisant. En effet, se posera la question de la possible reconnaissance d'un tel « pouvoir de fait » au profit de certaines personnes privées. Si la prérogative royale s'adresse par nature aux autorités publiques, comme le montre la citation précitée de Dyson LJ dans l'affaire *Beer*, tel ne sera pas nécessairement le cas de cette « troisième source ».

La simplicité du critère doit, là aussi, laisser la place à une impression de simplisme. Cependant, bien que le critère de la source ait été remis en cause, il ne cesse pas de jouer. Les juges y font toujours référence. Lorsque la question de l'applicabilité de la *judicial review* se pose, c'est vers lui que les juges se tournent en premier. Résumant la position de la jurisprudence en ce domaine, Dyson LJ affirme que, selon lui, « le droit s'est développé au point où, à moins que la source du pouvoir donne une réponse claire, la question de savoir si un organe peut être contrôlé par la voie de la judicial review nécessite une étude attentive de la nature du pouvoir et de la fonction qui a été exercée pour déterminer si la décision a un élément public suffisant »[350]. La question de la nature de la fonction n'est dès lors qu'un palliatif aux carences du critère de la source. Les deux

---

retentissement sur ce point a été beaucoup plus faible. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si c'est Lord Diplock qui fait revivre cette solution, lui qui a aussi participé à la décision *Lain.* (voir notamment p. 884 de la décision). Voir : HUNT (M.), « Constitutionalism and the Contractualisation of Government in the United Kingdom », pp. 21-39, notamment p. 28 in *The Province of Administrative Law*, sous la dir. de M. Taggart, Hart Publishing, Oxford, 1997.

347. SALES (P.), « Crown Powers, the Royal Prerogative and Fundamental Rights », pp. 361-394 *in The Scope and Intensity of Substantive Review, Traversing Taggart's Rainbow,* sous la dir. de H. Wilberg et M. Elliott, Hart Publishing, Oxford, 2015, notamment pp. 361-379.

348. SALES (P.), « Crown Powers, the Royal Prerogative and Fundamental Rights », *op. cit* ; HARRIS (B.V.), « The « third source » of authority for Government action revisited », *LQR* 2010, pp. 373-402.

349. Pour une étude de cette « troisième source », voir notamment : HARRIS (B.V.), « The « third source » of authority for Government action revisited », *LQR* 2007, pp. 225-250 ; « Government « third source » action and common law constitutionalism », *op. cit*.

Voir également *infra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II, II, A.

350. *R. (on the application of Beer (trading as Hammer Trout Farm)) v. Hampshire Farmer's Markets Ltd* [2004] 1 WLR 233, [16].

éléments, nous le verrons, sont largement imbriqués.

II. L'insuffisance d'un critère fondé sur la nature de l'activité

L'expérience d'un critère « non matériel » n'a été concluante ni en France ni en Angleterre. Trop simples, ils ne permettent pas de recouvrir toute la réalité de l'action publique. En ce sens, les juges, soutenus par la doctrine, vont faire émerger une conception matérielle du champ des recours. Sans pour autant remettre en cause de façon absolue le critère non-matériel, les juges vont plutôt s'intéresser à ce qui fait la particularité de l'action administrative. Dans les deux cas, la problématique est similaire : est-il possible de soumettre une personne privée à des procédures juridictionnelles particulières, normalement conçues pour les personnes publiques ? Si la réponse est positive, quels sont les caractères que l'activité de la personne privée doit réunir ?

Ce sont ces questions, et notamment la seconde, qui vont guider les réflexions des auteurs et des juges. L'heure est alors au critère matériel, c'est-à-dire centré sur l'activité en cause et sur ses particularités. Il n'est dès lors plus question de prendre en compte de façon principale des éléments gravitant autour de l'activité. Bien que n'ayant pas totalement disparu, ils sont relégués au second plan. En France, le débat a tourné autour des notions de service public et de puissance publique (A.). En Angleterre, la discussion a semblé porter dans un premier temps sur la notion maîtresse de « fonction publique», reprise par la Partie 54 du CPR. Mais par la suite, le débat s'est déplacé plutôt sur ce qui en caractérise la présence : les éléments de droit public du litige (B.).

A. Le critère matériel en France : service public et puissance publique

Il n'est pas question ici de revenir en détail sur l'histoire d'un débat bien identifié en France. Nous nous en tiendrons ainsi aux arrêts les plus connus. Ce qui unit ces deux critères, c'est qu'ils permettent de s'intéresser à ce que fait l'administration, et non pas seulement à la nature de cette dernière. C'est en cela que ces critères sont matériels : le regard se porte sur l'activité administrative. Que ce soit le service public (1.) ou la puissance publique (2.), ceux-ci ont vocation première à expliquer, chacun exclusivement, la compétence du juge administratif et donc le champ du recours pour excès de pouvoir.

1. Émergence, utilisation et décadence : vers une définition toujours plus imprécise de la notion de service public

La place de la notion de « service public » au sein de la jurisprudence administrative, et plus précisément dans la détermination du champ des recours, est à l'image de la recherche d'un critère à la compétence du juge. Si, pendant un temps elle est apparue utile et opératoire en jurisprudence (b.), notamment grâce un travail doctrinal important en ayant permis l'émergence (a.), elle s'est révélée par la suite incapable de jouer le rôle de critère (c.). Toutefois, jamais abandonnée, elle continue de jouer alors même que sa définition semble de moins en moins précise (d.).

a. L'émergence de la notion

Pour ceux que l'on a appelés les membres de l'École du Service Public, le droit administratif se définissait comme le droit des services publics[351]. La notion de service public « irradiait, illuminait, éclairait ce monde administratif tout entier »[352]. Sa place centrale se justifie alors par son lien avec les activités de l'État. En effet, dès lors que le service public devient, dans la théorie de Léon Duguit « le critère de la légitimité de l'État en même que l'instrument de sa limitation par le droit », il apparaît logique pour les tenants d'une telle conception d'en faire le critère du droit administratif, et par corollaire le critère de compétence du juge administratif[353]. En ce sens, il exprime les « responsabilités particulières » de l'administration[354]. La compétence du juge administratif s'explique alors du fait de la spécificité des missions que l'État doit prendre en charge[355].

Le critère du service public n'est pas dépourvu de tous liens avec le critère organique. L'administration agissant principalement par la voie du service public, la corrélation service public-juge administratif s'efface au profit du lien administration – juge administratif. Dès lors « on en revient ainsi à un critère fort proche du critère organique originaire »[356]. Ce lien s'exprime par la

351. Les principaux tenants de ce courant doctrinal sont Léon Duguit, Gaston Jèze, Roger Bonnard et Louis Roland. Voir sur cette théorie et pour une critique très précise : EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t. I, LGDJ, Paris, 2014, 787 pages, pp. 13-153, pp. 529-766
352. *ibid.*, p. 51.
353. WEIDENFELD (K.), *Histoire du droit administratif, du XIVe siècle à nos jours*, *op. cit.*, p. 148. L'auteur relève cependant que « la théorie du service public comme critère de la compétence administrative s'adosse aux thèses de Duguit, mais elle ne s'y identifie pas » (p. 148).
354. CHEVALLIER (J.), « Les fondements idéologiques du droit administratif français » in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Volume II, PUF, Paris, 1979, pp. 3-57, p. 12.
355. *ibid.*, pp. 12-16 ; BIGOT (G.), « Les faillites conceptuelles de la notion de service public » *RFDA* 2008, pp. 1-6, voir pp. 1-4.
356. *idem*, p. 13. Voir aussi BENOIT (F.-P), *Le droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 779-780.

double acception que peut recouvrir la notion de « service public ». Elle peut désigner l'autorité qui l'exécute. En ce sens, le service public qualifie un organe. Elle peut aussi prendre une consistance matérielle et définir l'activité en elle-même[357]. Tout comme le critère organique, le service public a vocation à être un critère unique de la compétence du juge administratif.

b. L'utilisation de la notion en jurisprudence

L'école du Service Public s'appuie sur une série d'arrêts rendus entre la fin du XIXe siècle et le début du XXe siècle. Il semble que tout soit parti d'une « relecture » opérée par Georges Teisser des termes de l'arrêt *Blanco* et des conclusions du commissaire du Gouvernement David[358]. Attribuant au juge administratif les litiges concernant « les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public », le Tribunal des conflits aurait fait du service public la « pierre angulaire » du droit administratif[359]. Que cette référence au service public ne soit « qu'une clause de style » ou au contraire l'expression délibérée d'un critère, cela importe peu[360]. Le fait est que sur le fondement de cette phrase, une doctrine s'est développée, ainsi qu'un courant jurisprudentiel. Illustré notamment par les arrêts *Terrier* et *Feutry*, ce mouvement atteint son apogée avec l'affaire *Thérond*[361]. Par ces trois arrêts, le contentieux contractuel (*Terrier* et *Thérond*) et quasi-délictuel (*Feutry*) des personnes publiques va reposer sur la notion de service public. Dès lors qu'un contrat a « pour but d'assurer un service public », alors il est administratif et relève du juge administratif[362]. De même, « l'appréciation des fautes qui auraient pu se produire dans

357. Sur la dualité de sens de la notion de « service public » chez Jèze, voir : EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t. I, *op. cit.*, pp. 21-34.
358. WEIDENFELD (K.), *ibid.*, p. 148 ; CHEVALLIER (J.), *ibid.*, p. 13 ; SEILLER (B.), « Les juges de l'administration », voir p. 466-467 in *Traité de droit administratif*, t. II., sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.
359. JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, ré-édition Dalloz, 2005, 543 pages, p. XV.
360. CHEVALLIER (J.), *ibid*., p. 13 ; TRAVARD (J.), « Jean Rivero et le Service Public », *RA* 2012, pp. 369-376, notamment pp. 369-372.
L'idée classique selon laquelle l'École du Service Public aurait mal interprété les propos du Tribunal des conflits et de son commissaire du Gouvernement est notamment critiquée par Mescheriakoff qui affirme que « David établit plus qu'une correspondance entre administration et services publics, une identité » et ainsi de l'arrêt Blanco « il ressort un certain nombre d'équations fondamentales : service public, égale Administration, égale Puissance publique, égale corps administratifs » : MESCHERIAKOFF (A.S.), « L'arrêt du *Bac d'Eloka*, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique » *RDP* 1988, pp. 1059-1081, respectivement p. 1073 et p. 1074.
361. CE, 6 février 1903, *Terrier*, rec. 90, *Dalloz* 1904, p. 65, concl. Romieu, GAJA 21e éd., n°11 ; TC, 29 février 1908, *Feutry*, rec. 208, *Dalloz* 1908, p. 349, concl. Teisser ; CE, 4 mars 1910, *Thérond*, rec. 193, *Dalloz* 1912, p. 57, concl. Pichat, GAJA 21e éd., n°19.
362. Arrêt *Thérond*. Dans ses conclusions sur cette affaire, le commissaire du Gouvernement Pichat met en évidence que, si le Conseil d'État est compétent pour les cas de quasi-délits ayant eu lieu dans les rapports entre services publics et tiers, alors cette compétence il devait aussi l'être « pour les litiges relatifs à des contrats passés en vue de l'exécution du service public ». (*Dalloz* 1912, p. 57). Cette idée se trouve tout aussi nettement dans les conclusions de Romieu dans l'affaire Terrier (*Dalloz* 1904, p. 66).

l'exécution » d'un service public « n'appartient pas à l'autorité judiciaire »[363].

Dans ses conclusions sur l'affaire *Feutry*, le commissaire du Gouvernement Teissier, souhaitant l'extension de la compétence du juge administratif pour connaître de la responsabilité des autorités publiques locales, relève que soumettre ce contentieux au juge judiciaire « implique que les services départements et communaux ne sont pas des services publics »[364]. Une telle conclusion lui paraît « trop manifestement contraire aux principes les plus certains de notre droit public et de notre organisation administrative »[365]. C'est bien parce que les départements et les communes gèrent des services publics qu'ils doivent être soumis au juge administratif.

c. La décadence de la notion de service public

Les jurisprudences postérieures vont toutefois désavouer la doctrine du service public. D'une part, le lien entre service public et personne publique sera coupé lorsque le Conseil d'État admettra qu'une personne privée peut être en charge d'un service public[366], provoquant une « *dilution* du critère organique »[367]. D'autre part, les juges ont distingué, au terme de la jurisprudence dite du *Bac d'Eloka*, entre les services publics considérés comme administratifs et les services publics qualifiés d'industriels et commerciaux[368]. L'éclatement de la notion de service public va conduire à l'éclatement du contentieux. Les services publics administratifs relèvent du juge administratif, alors que les services publics industriels et commerciaux sont soumis au juge judiciaire. Fondée sur l'idée que certains services sont gérés par les personnes publiques dans des conditions similaires aux conditions d'exploitation d'une activité privée, cette distinction vise à soumettre au droit privé les cas de gestion privée d'une activité. L'idée d'égalité sous-tend cette jurisprudence. Lorsqu'une personne publique agit comme une personne privée, elle n'a pas vocation à recevoir un traitement juridique particulier. L'existence d'un juge spécial doit suivre la présence d'une situation spéciale. Tel n'est pas le cas dans le cadre de ces services publics industriels et commerciaux. Nous

363. TC, 29 février 1908, *Feutry*, rec. 208.
364. rec. 1908, p. 212.
365. *idem*.
366. CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse Primaire « Aide et Protection »*, rec. p. 417 ; *Dalloz* 1939, p. 65, concl. Latournerie ; GAJA 21e éd., n°48.
367. DEBBASCH (C.) et COLIN (F.), *Droit administratif*, 11e éd., Economica, Paris, 2014, 752 pages, p. 282 (Ce sont les auteurs qui soulignent).
368. TC, 22 janvier 1921, *Société Commerciale de l'Ouest Africain*, rec. 91 ; *Dalloz* 1921, p. 1, concl. Matter ; GAJA 21e éd., n°35. La dénomination n'apparaît ni dans l'arrêt ni dans les conclusions de Matter. Elle fera son apparition dans la jurisprudence du Conseil d'État, à la suite de l'arrêt *Société générale d'armement* (23 décembre 1921, rec. 1109 ; *RDP* 1922, p. 74, concl. Rivet).
Voir : MESCHERIAKOFF (A.S.), « L'arrêt du *Bac d'Eloka*, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *op. cit.* : l'auteur y développe l'idée selon laquelle dans un premier cette distinction n'a pas à proprement parler de sens, et que ce n'est que par la suite, en doctrine, qu'elle prendra une véritable consistance (pp. 1067-1073).

reviendrons sur ce qui a provoqué cette scission au sein de la notion de service public. Notons seulement ici que cela met fin à sa vocation unificatrice. Dorénavant, la présence d'un service public ne suffit plus à justifier la compétence du juge administratif.

d. Persistance et redéfinition : vers toujours plus d'imprécision

Malgré la fonction plus limitée qui lui est dorénavant reconnue, la notion de service public n'a pas disparu. Mais, les jurisprudences récentes vont entraîner une imprécision sémantique quant à la notion même de service public. Le service public n'est plus l'activité gérée par la personne publique. Il peut être exécuté par une personne privée. De même, une personne publique ne gère pas nécessairement un service public administratif. L'équation simple du début s'est largement complexifiée. En cela, la jurisprudence a mis en évidence « les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif »[369]. Il devient alors nécessaire de définir quelles activités gérées par une personne privée peuvent recevoir la qualification de service public. Afin de définir cette notion, le juge utilise soit trois critères cumulatifs, soit un critère et un faisceau d'indices. Cette présentation duale de la méthode du juge est celle retenue en règle générale par la doctrine. Elle est toutefois critiquable, nous y reviendrons[370].

Au terme de la première méthode, le juge vérifie la présence d'un intérêt général, d'un contrôle par la personne publique et enfin de prérogatives de puissance publique[371]. L'intérêt général est une notion fluctuante et qui relève d'une appréciation subjective. Considérer qu'une activité est d'intérêt général est l'expression d'un jugement personnel qui peut être différent selon celui qui porte le jugement ou selon l'époque à laquelle il est porté. Il semble en aller de même concernant le critère du contrôle par une personne publique[372]. À partir de quand l'influence d'une autorité publique sur une personne privée peut-être considérée comme un « contrôle » ? Là encore, les divergences peuvent être nombreuses et varier avec le temps et le contexte de l'affaire. Le grief d'imprécision pèse donc sur cette « définition ».

Par la seconde méthode, le juge qualifie de service public l'activité d'une personne privée qui poursuit là aussi un but d'intérêt général sous le contrôle renforcé d'une personne publique. Cette dernière condition est déterminée par la technique dite du faisceau d'indices. Celle-ci a été introduite, en 2007, par l'arrêt *APREI*[373]. Le juge y affirme que « même en l'absence de telles

369. Du titre de l'article de Grégoire Bigot : *RFDA* 2008, pp. 1-6.
370. Voir *infra* : Partie I, Titre I, Chapitre I, Section III.
371. CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, rec. 401.
372. CHAPUS (R.), *Droit administratif*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, pp. 581-582.
373. CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. 92 ; *RDSS*

prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission ». Divers éléments sont pris en compte pour mettre en lumière un contrôle particulièrement important de la part de la personne publique. Là encore, dans cette seconde technique, que ce soit au travers de l'intérêt général, ou du faisceau d'indices, l'imprécision est de mise. Elle découle du caractère nettement subjectif des critères utilisés. Le juge va aller plus loin. La même année, dans l'arrêt *Ville d'Aix-en-Provence*, le Conseil d'État relève qu'une activité gérée par une personne privée, à son initiative, peut se voir qualifier de service public « si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements »[374]. L'initiative publique faisant défaut, le juge ne conclut pas à l'impossibilité absolue de caractériser l'activité de service public. Mais là encore, l'intérêt général et une intervention particulièrement importante de la personne publique, relevée par divers éléments, sont nécessaires.

Une fois cette première étape de qualification opérée, il est encore nécessaire de distinguer entre les deux notions de service public administratif et de service public industriel et commercial pour connaître le juge compétent[375]. Nous y reviendrons par la suite, mais cette distinction aussi apporte son lot de complexité et de relativité. L'imprécision même de la notion de service public met en évidence son caractère peu opératoire comme critère de compétence du juge administratif.

Mais là ne s'arrêtent pas les difficultés. Du constat déjà ancien du « déclin de la spécificité juridique » de certains services publics industriels et commerciaux, à la reconnaissance plus récente de « l'érosion de la distinction » entre les deux types de service public, la doctrine se fait l'écho de la

2007, pp. 499-517, concl. Verot ; *RFDA* 2007, pp. 803-811 (note Boiteau).
Voir : BOITEAU (C.), « Vers une définition du service public ? », *RFDA* 2007, pp. 803-811 ; BOUSSARD (S.), « L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du « service public par nature », *RFDA* 2008, pp. 43-49 ; DAVID (J.), « L'arrêt *APREI*, huit ans après », *DA* Octobre 2015, pp. 12-19. On peut relever que dans son dossier consacré à « l'intérêt général », le Conseil d'État faisait déjà mention de la technique du faisceau d'indices comme méthode utilisée par le juge pour identifier un service public (*op. cit*., p. 274).
374. CE, Sect., 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence*, rec. 155 ; *RFDA* 2007, pp. 812-820, concl. Seners ; *RFDA* 2007 pp. 821-827, note Jean-Claude Douence ; *AJDA* 2007, pp. 1020-1026, chron. F. Lenica et J. Boucher.
375. Malgré des évolutions récentes de la jurisprudence dans le sens d'une meilleure systématisation, la distinction reste largement contingente et floue : VEDEL (G.), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE* 1954, pp. 21-53 ; AMSELEK (P.), « Le service public et la puissance publique », *AJDA* 1968, pp. 492-514, pp. 498-501 ; BOITEAU (C.), « Vers une définition du service public ? », *op. cit.* ; BOUSSARD (S.), « L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du « service public par nature », *RFDA* 2008, pp. 43-49 ; WEIDENFELD (K.), *Histoire du droit administratif, du XIVe siècle à nos jours, op. cit.*, p. 152-153.

décadence de l'utilité de distinguer entre services publics administratifs et services publics industriels industriels et commerciaux[376]. Le caractère opératoire de la notion de service public a vécu.

2. La puissance publique

Les méandres dans lesquels tombe le critère du service public vont permettre au critère de la puissance publique de gagner en importance. Notamment explicité par les écrits de Maurice Hauriou, ce critère se fonde sur l'idée simple que le juge administratif est compétent dès lors que l'administration use de pouvoirs considérés comme « exorbitants du droit commun »[377]. Ainsi, « selon Hauriou, la singularité du droit administratif est en effet commandée par le caractère exorbitant des prérogatives de l'État et de ses démembrements »[378]. Pour les tenants d'une telle école de pensée, c'est « la consistance propre de ses moyens d'action qui a justifié la construction d'un droit administratif autonome ». On l'aperçoit ici, la conception est radicalement différente de celle des tenants du service public. Au-delà de l'opposition classique entre une doctrine de fin (service public) et de moyens (puissance publique), ce sont deux conceptions de l'État qui s'opposent, deux idéologies[379]. L'État est soit un pourvoyeur de service, soit une souveraineté. En filigrane, c'est la dichotomie entre l'État-Gendarme et l'État-Providence qui apparaît. À la suite d'Hauriou, la doctrine de la puissance publique a reçu un soutien de poids en la personne du Doyen Vedel. Donnant des « bases constitutionnelles » au droit administratif, Georges Vedel met en évidence le lien qui unit administration et pouvoir exécutif avant d'en conclure que « caractériser l'administration comme une activité du pouvoir exécutif serait insuffisant si l'on n'ajoutait que toute activité des organes participant au pouvoir exécutif doit, pour avoir le caractère administratif, pour relever du juge administratif et du droit administratif, s'exercer par des procédés de puissance publique »[380].

Ce courant doctrinal va lui aussi trouver un prolongement en jurisprudence.

376. AUBY (J.-F.), « Le déclin de la spécificité juridique des services publics industriels et commerciaux locaux », *AJDA* 1981, pp. 508-512 ; SEILLER (B.), « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *AJDA* 2005, pp. 417-422.
377. HAURIOU (M.), *La gestion administrative*, Larose, Paris, 1899, 94 pages. Nous ne reviendrons pas ici sur les liens qui unissent l'École de la Puissance Publique et la distinction opérée au XIXe siècle entre acte d'autorité et acte de gestion : voir sur ce point CHEVALLIER (J.), « Les fondements idéologiques du droit administratif français », pp. 3-57, voir pp. 11-12 in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Volume II, PUF, Paris, 1979.
378. WEIDENFELD (K.), *Histoire du droit administratif, du XIVe siècle à nos jours, op. cit.*, p. 147.
379. CHEVALLIER (J.), *ibid*., pp. 31-49.
380. VEDEL (G.), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *op. cit.*, pp. 41-42. Pour une récente actualisation de cette théorie : DELVOLVE (P.), « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA* 2014, pp. 1211-1217.
Pour une critique de la position défendue par Georges Vedel : LATOURNERIE (R.), « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou Jouvence ? », *EDCE* 1960, pp. 61-159, notamment pp. 85-88.

Dans un premier temps, le Tribunal des conflits va faire sienne l'idée selon laquelle le juge administratif est compétent lorsque s'exprime la puissance publique. Dans l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, le juge des conflits relève que le contrat passé entre une autorité locale et une entreprise privée relève de la compétence du juge judiciaire au motif que le contrat avait été passé « selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers »[381]. Peu explicite en lui-même, l'arrêt prend sa signification au regard des conclusions du commissaire du Gouvernement Léon Blum. Il relève en effet que, pour qu'un contrat soit administratif, « il faut que ce contrat par lui-même, et de par sa nature propre, soit *de ceux qu'une personne publique peut seule passer*, qu'il soit par sa forme et sa contexture, un contrat administratif »[382]. Cette détermination ne se fait pas « en vue de quel objet ce contrat est passé, mais ce qu'est ce contrat de par sa nature même »[383]. À partir de cette décision, et de ces conclusions, la doctrine va affirmer qu'il est nécessaire qu'un contrat comporte certains pouvoirs particuliers, distincts de ceux que les personnes privées possèdent, s'exprimant à travers la notion de « clause exorbitante du droit commun »[384]. En ce que la compétence du juge administratif découle de la position particulière de l'administration dans ses relations avec des co-contractants, la jurisprudence dite des *Granits* constitue la source de la jurisprudence *Bac d'Eloka*[385]. Ce dernier ne serait que le prolongement de l'arrêt *Granits* dans le contentieux de la responsabilité quasi-délictuelle. Les deux arrêts se fondent en effet sur la même idée : pour que le juge administratif connaisse du litige, il est nécessaire que la personne publique agisse ou gère un service par des moyens inconnus des personnes privées. Relevons que, tout comme il est inutile de savoir si l'École du Service Public a fait une mauvaise interprétation de l'arrêt *Blanco*, il n'est pas nécessaire de relever que Léon Blum n'a pas utilisé la notion de « clause exorbitante du droit commun »[386] ou encore qu'il aurait commis une erreur de droit dans la rédaction de ses conclusions[387]. La postérité donnée à cet arrêt est le seul héritage qui nous intéresse ici. Et ce, quand bien même le sens de l'arrêt et des conclusions aurait été mal compris[388].

---

381. TC, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges,* rec. 909, *Dalloz* 1916, p. 35 concl. Blum, *RDP* 1914, pp. 147-153 (note Jèze).
382. *Dalloz* 1916, p. 36 (C'est l'auteur qui souligne).
383. *idem*.
384. Rappelons que la dénomination de cette clause a récemment été modifiée. Nous nous en tiendrons à cette terminologie par souci de concision, ce d'autant plus que la nouvelle formulation ne devrait pas emporter de modifications substantielles de la notion. Sur la lecture doctrinale de cette affaire, voir : GIACUZZO (J.-F.), « L'arrêt *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*. Légendes, réalités...et grandeur », *AJDA* 2013, pp. 2474-2479, pp. 2478-2479.
385. MESCHERIAKOFF (A.S.), « L'arrêt du *Bac d'Eloka*, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *op. cit*., p. 1065. L'auteur fait référence aux conclusions du Commissaire du gouvernement Rivet sur l'affaire *Société des Affréteurs réunis* (CE, 23 mai 1924, *Sirey* 1924, p. 11).
386. GIACUZZO (J.-F.), *ibid.*, notamment p. 2476.
387. GROS (M.), « L'erreur de Léon Blum ? », *AJDA* 2013, pp. 1489-1492.
388. En effet, Jean-François Giacuzzo relève que l'expression de Léon Blum, reprise par le Tribunal des conflits, selon laquelle le contrat est de droit privé lorsqu'il est passé dans les « règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers » fait certainement plus référence au manque de lien suffisant entre le contrat et le service qu'à l'idée de

Dans un second temps, et beaucoup plus récemment, le juge constitutionnel va donner un fondement constitutionnel à ce courant jurisprudentiel. Dans sa décision du 23 janvier 1987, le Conseil constitutionnel définit le noyau dur constitutionnel de compétence du juge administratif par référence à la notion de puissance publique[389]. Au terme du considérant 15, « relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique » par les pouvoirs publics. À la simple lecture du considérant, on s'aperçoit du lien indéniable entre cette décision et la doctrine de la puissance publique, et plus particulièrement des « bases constitutionnelles » de Georges Vedel[390]. Le Conseil constitutionnel ne se limite pas à la consécration constitutionnelle du critère matériel de la puissance publique. Il lie celui-ci avec le critère organique. À la suite de la référence à la puissance publique, les juges de la Rue de Montpensier précisent que les prérogatives de puissance publique sont utilisées « par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ». Aucune référence à la possible soumission au juge administratif des actes pris par des organismes privés, même dans le cadre de la gestion d'un service public administratif. Critère matériel et critère organique sont cumulatifs. Ce lien est sous-tendu dans la doctrine de la puissance publique. Seule une entité publique peut être titulaire de telles prérogatives. S'il est admis qu'elle puisse la déléguer à une personne privée, elle en reste toutefois la première dépositaire[391].

---

clause exorbitante. L'auteur relève que c'est ainsi que les conclusions et l'arrêt ont été lus à cette époque : GIACUZZO (J.-F.), « L'arrêt *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*. Légendes, réalités...et grandeur », *op. cit.*, p. 2477.
Il est vrai que la lecture des conclusions Blum laisse cette impression. Citons quelques passages révélateurs selon nous : « le contrat administratif est celui qui reste influencé et teinté en quelque sorte par le service public en vue duquel il est conclu », ainsi « pour qu'un marché de fournitures communal soit un contrat administratif, il faut donc qu'il participe, si peu que ce soit, du marché de travaux publics ou du contrat de concession ; il faut qu'il établisse des rapports précis et constants du fournisseur ou de ses agents, soit avec la commune, soit avec le public ». De cela il découle, qu' « il faut qu'il associe le fournisseur, dans une mesure quelconque, à la gestion du service ». *A contrario*, l'administration se place dans les mêmes conditions de droit commun qu'un individu, non pas lorsqu'elle n'use pas de pouvoirs particuliers, mais « lorsque le marché [de fourniture], en un mot, n'établit pas entre la commune et le co-contractant des rapports différents de ceux qui s'établissent entre un particulier quelconque et un marchand quelconque » c'est-à-dire lorsque « la seule intervention du fournisseur dans le service public est la livraison elle-même ». (*Dalloz* 1916, p. 36). On le voit à la lecture de ces passages, c'est bien le manque d'implication du cocontractant de l'administration dans le service public qui pousse le Commissaire, en l'espèce, à considérer que « la commune doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier effectuant auprès d'un entrepreneur quelconque une commande de matériaux pour son usage privé ». (*idem*.). En cela, les conclusions Blum préfigurent plutôt la jurisprudence *Époux Bertin* (CE, Sect., 20 avril 1956, rec. 167, GAJA 21e éd., n°67)
Cela ne doit pas étonner dès lors que Léon Blum s'appuie sur les conclusions Romieu dans l'affaire *Terrier*, et dans lesquelles le célèbre commissaire du Gouvernement affirmait que l'administration pouvait être soumise au droit privé « en effectuant une de ces opérations courantes que les particuliers font journellement, qui supposent des rapports contractuels de droit commun et pour lesquelles l'Administration est réputée entendre agir comme un simple particulier », notamment passer un contrat verbal de fourniture (*Dalloz* 1904, 67).
389. CC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, rec. 8, GDCC 18e éd., n°6.
390. BLANCO (F.), « La puissance publique : un Lazare contentieux ? », pp. 127-168, notamment pp. 152-157, in *La puissance publique*, sous la dir. de l'AFDA, Lexis Nexis, Paris, 2012. Ce qui ne peut étonner lorsque l'on sait que le Doyen Vedel a participé à cette décision comme membre du Conseil constitutionnel.
391. CE, Sect., 13 janvier 1961, *Sieur Magnier*, rec. 32.

En dépit de la simplicité de cette doctrine, c'est son caractère exclusif qui va conduire à sa perte.

La puissance publique, comme critère unique, donne *a priori* une réponse simple à la question de la compétence du juge administratif. Dès lors qu'une personne publique agit dans des conditions ou par des moyens qui n'existent pas dans les relations privées, alors le droit administratif trouve à s'appliquer. Cependant, un tel critère est tautologique. En effet, il répond à la question « quand un régime exorbitant s'applique-t-il à l'administration et entraîne-t-il la compétence du juge administratif ? » par la proposition suivante : « lorsque l'administration use de pouvoirs exorbitants ». En somme, si l'on considère avec Jean Rivero que le droit administratif est un droit comportant des pouvoirs exorbitants et des sujétions particulières[392], dire que l'administration se voit appliquer ce régime lorsqu'elle en use, relève d'un raisonnement circulaire.

À cette première critique s'ajoute celle de la non-exhaustivité. La jurisprudence ne limite pas la compétence du juge administratif aux cas d'utilisation de prérogatives de puissance publique. Dès les années cinquante, la jurisprudence opère un revirement et remet au centre du jeu la notion de service public. Tant dans le contentieux contractuel, et donc en rupture avec avec l'arrêt *Granits*[393], dans le contentieux des travaux publics[394], que dans la définition du domaine public[395], la notion de service public va faire son grand retour dans le jeu des critères de compétence. Qu'il soit utilisé par le juge administratif, des conflits ou constitutionnel, le critère de la puissance publique ne suffit pas à englober les cas de compétence du juge administratif.

La recherche d'un critère s'est révélée vaine. Aucune notion, suffisamment précise et englobante, ne permet d'expliquer et d'identifier à coup sûr la compétence du juge administratif. La tentative de systématisation opérée par la notion de « gestion publique » a aussi été considérée comme « dépourvue de valeur conceptuelle et fortement tautologique »[396]. Comme le relevait justement Francis-Paul Benoit affirmant que « « la gestion publique » comprend les actes juridiques

392. Voir *infra* : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I, II, B, 2.
393. CE, Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, rec. 16 ; GAJA 21e éd., n°67.
394. TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, rec. 617 ; GAJA 21e éd., n°66.
395. CE, Sect., 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, rec. 375 ; GAJA 21e éd., n°68.
396. SEILLER (B.), « Les juges de l'administration », voir p. 468 in *Traité de droit administratif*, t. II., sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.
Voir sur cette doctrine développée à partir des conclusions du commissaire du Gouvernement Romieu notamment : EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 762 ; BENOIT (F.-P), *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968, 897 pages, pp. 407-415 ; CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t I, *op. cit*., pp. 1-5 et pp. 826-851 ; DEBBASCH (C.) et COLIN (F.), *Droit administratif*, 11e éd., *op. cit*., pp. 539-549 ; FRIER (P.-L) et PETIT (J.), *Droit administratif*, 10e éd., Montchrestien, 2015, 646 pages, p. 467-473 ; GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, 21e éd., LGDJ, Paris, 2015, 537 pages, p. 42 ; WALINE (J.), *Droit administratif*, 26e éd., Dalloz, Paris, 2016, 787 pages, p. 15 et pp. 395-39.
La critique de son caractère tautologique opérée par Bertrand Seiller repose sur le fait que les auteurs assimilent en fait « gestion publique » et « puissance publique ».

et les opérations matérielles considérés comme accomplis sous l'empire des règles du droit administratif, et relève de la compétence de la juridiction administrative. La gestion privée comprend les actes juridiques et les opérations matérielles considérés comme accomplis sous l'empire des règles du droit privé – parmi lesquels sont rangés, par principe, les actes et les opérations des services publics industriels et commerciaux – et relève de la compétence de la juridiction judiciaire. En définitive, ce sont donc les règles de fond considérées comme applicables à chaque affaire qui déterminent la compétence »[397]. Toutes les recherches de systématisation ont échoué[398].

B. Le critère matériel en Angleterre : les éléments de droit public

Le renouvellement du critère de *judicial review* ne s'est pas opéré dans les mêmes termes qu'en France. Le débat n'a pas tourné sur le choix d'un critère plutôt qu'un autre. En fait, deux situations différentes doivent être distinguées. D'une part, les actes pris par un organisme privé en dehors d'un contrat (1.). D'autre part, les actes pris, tant par une autorité publique qu'une autorité privée, et qui « entourent » une situation contractuelle (2.). Dans les deux cas, il est nécessaire que certains éléments soient réunis afin de donner une coloration publique au litige. Ce sont ces éléments qui sont qualifiés d' « éléments de droit public ».

1. En l'absence de contrat, la « fonction publique» qualifiée par réunion de divers « éléments de droit public »

La situation sous l'empire du critère de la source était quelque peu manichéenne. Soit le pouvoir exercé découle de la loi, et dans ce cas la *judicial review* est possible ; soit il découle d'un contrat, et la *judicial review* est interdite. Sans remettre en cause ces deux affirmations, il est apparu nécessaire de les dépasser (a.). Cependant, les éléments pris en compte par les juges rendent difficile toute entreprise de systématisation (b.).

397. BENOIT (F.-P), *Le droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 408-409.
398. BLANCO (F.), « La puissance publique : un Lazare contentieux ? », *op. cit.*, pp. 166-168.

a. La nécessité de dépasser le critère de la source du pouvoir

C'est toute la portée de l'arrêt *Datafin* rendu par la Cour d'Appel en 1985[399]. En l'espèce, était en cause une décision prise par la Commission des Acquisitions et des Fusions (*Panel on Take-overs and Mergers*). Son rôle est de veiller au respect des règles élaborées par elle et contenues dans le Code de la City concernant les fusions et acquisitions des entreprises. La Commission avait été saisie par la société Datafin afin de mener une enquête sur une suspicion d'ententes illicites ayant porté préjudice à la société Datafin. Après le rejet de sa demande, la société a fait une demande de *judicial review*. La question était ainsi de savoir si les décisions de la Commission pouvaient être contrôlées par cette voie.

Les opinions des différents juges sont ici éclairantes. Sir Donaldson MR relève le caractère « remarquable » de la Commission[400]. Il note ainsi que « perchée au 20e étage du bâtiment de la Bourse à la City de Londres, elle domine et régule, tant métaphoriquement que littéralement, une partie importante du marché financier du Royaume-Uni » ; pourtant, « elle exerce cette fonction presque sans soutien législatif »[401]. La Commission n'est pas un organe créé par la loi. C'est une autorité de fait, dont l'existence tient de la pratique. Dès lors, « elle n'a pas de pouvoirs venant de la loi, de la prérogative ou de la common law et elle n'est pas dans une relation contractuelle avec le marché financier ou avec ceux qui gèrent le marché » ; elle exerce un « pouvoir de fait »[402]. Le test de la source ne peut alors pas renseigner sur la nature de ses décisions. C'est en ce sens que Lloyd LJ souligne, après avoir rappelé l'utilité du critère de la source, qu' « entre ces deux extrêmes, il y a un espace dans lequel il peut être utile de ne pas regarder que la source du pouvoir mais aussi sa nature »[403]. Le rejet du seul critère de la source est clairement affirmé ici[404].

Il revient alors aux juges d'en rechercher un nouveau permettant de pallier les carences du critère traditionnel. Pour ce faire, ils vont se tourner vers d'autres éléments permettant de déterminer si la fonction de la Commission est « une fonction de droit public ou si l'exercice de ses fonctions a des conséquences de droit public »[405]. Comment une telle « fonction publique » se caractérise-t-elle ? Dans l'affaire *Datafin*, les juges ont accepté la *judicial review*. Le jugement de Sir Donaldson

399. *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Datafin Plc*. [1987] QB 815. Sur cette affaire, voir CANE (P.), « Self Regulation and Judicial Review », *CJQ* 1987, pp. 324-347.
400. *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Datafin Plc*. [1987] QB 815, p. 824.
401. *idem*.
402. *ibid*., p. 825 (Sir Donaldson MR). Voir : CANE (P.), *ibid*.
403.*ibid*., p. 847 (Lloyd LJ).
404. « je ne suis pas d'accord sur le fait que la source du pouvoir serait le seul critère de la judicial review » (*idem*).
405. *idem*.

MR est très utile pour comprendre ce qui justifie une telle position. Reprenant la jurisprudence antérieure, le juge en vient à conclure que « dans tous ces rapports il est possible de faire des énumérations de facteurs conduisant à la compétence [de la Cour pour délivrer un *certiorari*], mais c'est une erreur fatale de considérer la présence de tous ces facteurs comme essentielle ou comme excluant d'autres facteurs. Possiblement les seuls éléments essentiels sont ceux qui peuvent être décrits comme des éléments publics, et qui peuvent prendre différentes formes »[406].

Il n'y a donc pas à proprement parler de définition de la « fonction publique». L'expression ne se retrouve d'ailleurs pas dans les propos des juges. Il s'agit alors de trouver des éléments qui, par leurs caractéristiques et leurs significations, donnent une coloration publique à l'organe, à la décision et au litige. Dans les faits de l'affaire *Datafin*, Sir Donaldson MR relève plusieurs éléments publics justifiant la *judicial review* contre la décision de la Commission. Pour le juge, « il n'y a aucun doute qu'elle exerce un devoir public, et un d'importance »[407]. La régulation des marchés financiers, non seulement à la City, mais aussi dans l'ensemble du Royaume-Uni entre dans ce cas. Ce d'autant plus que la Commission est en situation monopolistique, étant donné que toute opération dans le Royaume-Uni, concernant des acquisitions ou des fusions, doit passer par elle. Cela fait dire à Lloyd LJ que « la City n'est pas un club que l'on peut rejoindre ou non par la simple expression de sa volonté. […] La Commission ne fait pas que se réguler mais régit aussi tous ceux qui n'ont pas d'autres alternatives que d'entrer sur le marché pour lequel le code s'applique »[408]. Dès lors, les décisions qu'elle prend ont un impact majeur et concernent de nombreuses personnes. Sir Donaldson MR infère cela de la position du ministre du Commerce et de l'Industrie qui exprime « la plus grande vigilance […] à limiter la législation dans le domaine des fusions et acquisitions » mais aussi de « l'utilisation faite de la Commission comme pièce centrale de la régulation du marché »[409]. En effet, à défaut d'avoir été créée par la loi, la Commission s'est vue reconnaître, par celle-ci, certaines missions de régulation, confiées par le Gouvernement. Du fait de l'importance de ces missions, « personne ne serait surpris si la Commission avait été instituée et agissait sous l'autorité directe de la loi », Sir Donaldson MR admettant que « le manque de fondement législatif direct est une anomalie complète »[410]. La Commission voit, pour ces motifs, ses décisions être soumises à la *judicial review.* En résumé, « elle peut être considérée comme ayant été établie par une 'délégation implicite' du pouvoir gouvernemental »[411].

406. *ibid*., p. 838.
407. *idem*. Voir aussi p. 845 par Lloyd LJ.
408. *ibid*., p. 846.
409. *ibid*., p. 838.
410. *ibid*., p. 835.
411. JONES (B.L.) et THOMPSON (K.), *Garner's Administrative Law*, 8e éd., Butterworths, Londres, 1996, 577 pages, p. 172.
Pour des exemples allant dans le sens d'une soumission à la *judicial review* : *R. v. Broadcasting Complaints*

b. L'impossible systématisation des éléments pris en compte

Est-il possible d'apporter une certaine systématisation dans la jurisprudence concernant la détermination de ce qu'est une « fonction publique »[412] ? Pour Sir Donaldson MR, il ne semble pas y avoir de critères déterminants, ni de hiérarchies entre les critères. Il faut des éléments considérés comme étant publics[413]. Cela laisse les juges dans une situation où la souplesse l'emporte sur la prédictibilité. Plusieurs éléments reviennent de façon récurrente dans les affaires postérieures.

Une fonction peut être qualifiée ainsi lorsque le gouvernement participe au moins indirectement à son exécution. Dans l'affaire *Aga Khan*, était en cause le Club de Jockey, organe dont la fonction principale est de gérer les courses de chevaux[414]. Le Club avait pris une décision sanctionnant la prise de produits dopants par un cheval de course. La disqualification prononcée par cet organe est attaquée par voie de *judicial review*. Pour déterminer si une telle voie d'action était possible, il fallait savoir si le Jockey Club, organe privé au même titre que la Commission dans l'affaire *Datafin*, détenait une « fonction publique». Sir Thomas Bingham MR met en évidence l'importance des fonctions de cet organe, allant jusqu'à considérer que « si le Jockey Club n'avait pas régulé cette activité, le Gouvernement l'aurait peut-être fait en créant une personne publique »[415]. Mais pour autant, cela ne suffit pas. En effet, le Jockey Club n'est pas « incorporé dans un système gouvernemental de régulation des courses de chevaux », preuve en est, son nom ne semble apparaître dans aucun texte de loi[416]. De cela, il découle que « bien que les pouvoirs du Jockey Club puissent être décrits, de différentes façons, comme étant publics, ils ne sont pas en cela gouvernementaux »[417]. Pour Sir Thomas Bingham MR, la différence entre la Commission dans *Datafin* et le Jockey Club tient notamment au fait que dans le premier cas le Gouvernement a inscrit

---

Commission, ex p. Owen [1985] QB 1153 ; *R. v. Advertising Standards Authority, ex p. The Insurance Service Plc* (1990) 2 Admin LR 77 ; *R. (on the application of A) v Partnerships in Care Ltd* [2002] 1 WLR 2610 ; *R. (on the application of Beer) v. Hampshire Farmers' Market Ltd* [2003] EWCA Civ 1056.

412. Voir sur ces questions : BELL (J.), « Droit public et droit privé : une nouvelle distinction en droit anglais », *RFDA* 1985, pp. 399-409, notamment pp. 404-409 ; « Actualité du droit administratif au Royaume-Uni 1990-1991 », *EDCE* 1991, pp. 309-320, notamment pp. 313-314 ; BEATSON (J.), « 'Public' and 'Private' in English administrative law », *LQR* 1987, pp. 34-65 ; HUNT (M.), « Constitutionalism and the Contractualisation of Government in the United Kingdom », pp. 21-39 et CRAIG (P.), « Public Law and control over Private Power », pp. 196-216 in *The Province of Administrative Law*, sous la dir. de M. Taggart, *op. cit.* ; WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 133-138 ; CAMPBELL (C.D), « The nature of power as public in English judicial review », *CLJ* 2009, pp. 90-117.

413. *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Datafin Plc*. [1987] QB 815, p. 838.

414. *R. v. Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex p. Aga Khan* [1993] 1 WLR 909. Cette affaire confirme en tout point un jugement plus ancien dont les faits sont très similaires : *Law v. National Greyhound Racing Club Ltd* [1983] 3 All ER 300.

415. *ibid*., p. 923.

416. *idem*.

417. *idem*.

la Commission dans sa politique de régulation, alors que le Jockey Club n'a pas reçu un tel soutien. Ayant porté peu d'intérêt à la régulation des courses de chevaux, le Gouvernement n'a pas souhaité en faire une activité d'importance gouvernementale[418]. Dès lors, l'organe, qui par un pouvoir de fait, régule cette activité, ne détient pas une fonction gouvernementale.

Ces éléments mettent en évidence que pour être publique, une fonction ne doit pas être totalement abandonnée par les autorités publiques. Elles doivent y porter une certaine attention soit par un contrôle des décisions[419], soit par l'incorporation dans un ensemble de régulations législatives[420] : c'est ce qui permet de distinguer une activité d'intérêt public, qui n'est pas soumise à *judicial review*, d'une activité d'intérêt gouvernemental[421].

Pour autant, dans d'autres affaires, l'intérêt porté par le législateur à certaines autorités ne suffit pas à en faire des autorités ayant des fonctions publiques[422]. La décision *Aga Khan* est un frein à la vision de l'affaire *Datafin* dès lors que la présence d'une fonction publique ne suffit pas à rendre possible la *judicial review.* L'opposition sémantique entre « fonction publique » et « fonction gouvernementale », telle qu'elle ressort des propos de Sir Thomas Bingham, ne semble aujourd'hui plus avoir de portée substantielle[423]. Il est admis, comme inscrit dans la Partie 54 du CPR, que la notion de « fonction publique » soit celle qui prévaut : il doit s'agir d'une fonction tellement importante que le Gouvernement la réglemente, au moins indirectement. Quant à la détermination de sa substance, la position reste celle arrêtée par l'affaire *Aga Khan*.

Dans d'autres affaires, les juges se sont appuyés sur un autre élément pour déduire que la *judicial review* était possible. Ainsi, il est parfois affirmé que, malgré l'absence de reconnaissance législative de l'organe en cause, ce dernier détient une fonction publique, car s'il n'existait pas, le

418. *R. v. Chief Rabbi of the United Hebrew Congregation of Great Britain and the Commonwealth, ex p. Wachmann* [1992] 1 WLR 1036, p. 1041 (Simon Brown J.).
419. *R. (on the application of Jenkins) v. Marsh Farm Community Development Trust* [2011] EWHC 1097 ([54] – [55] par CMG Ockelton) : l'autorité en cause voit ses décisions être approuvées par des autorités publiques nationales.
R. v. Governors of Haberdashers' Aske's Hatcham College Trust, ex p. Tyrell [1995] ELR 350 : si en principe les écoles privées sont exclues de la *judicial review*, (voir *R. v. Fernhill Manor School, ex p. A* [1994] ELR 67) tel n'est pas le cas du *City Technical Colleges* qui, sans être une école publique, existe du fait de la volonté du Gouvernement et qui voit ses décisions être contrôlées par lui.
420. *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Datafin Plc*. [1987] QB 815.
Voir : CAMPBELL (C.D), « The nature of power as public in English judicial review », *op. cit.*, pp. 96-99.
421. *R. v. Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex p. Aga Khan* [1993] 1 WLR 909, p. 931 (Hoffmann LJ) ; *R. v. Chief Rabbi of the United Hebrew Congregation of Great Britain and the Commonwealth, ex p. Wachmann* [1992] 1 WLR 1036, p. 1041 (Simon Brown J).
422. *R. v. Chief Rabbi of the United Hebrew Congregation of Great Britain and the Commonwealth, ex p. Wachmann* [1992] 1 WLR 1036, p. 1042 (Simon Brown J.) ; *R. v. Insurance Ombudsman, ex p. Aegon Life Insurance* [1994] CLC 88 (p. 89 par Rose LJ). Voir également les propos de Lord Woolf CJ dans *Poplar Housing and Regeneration Community Association v. Donoghue* ([2002] QB 48, p. 69 (v.)).
423. WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, p. 110.

Gouvernement devrait agir pour réguler l'activité[424]. Il s'agit du test dit du *but for*[425]. Il implique pour les juges de poser une « question hypothétique »[426] les obligeant à se mettre à la place des hommes politiques[427]. Pour autant, ce test n'est pas toujours utile. Dans l'affaire *Aga Khan*, Sir Thomas Bingham MR, considérant pourtant que l'absence d'un organe comme le Jockey Club aurait conduit le Gouvernement à agir, n'en conclut pas à la soumission des décisions de ce Club à la *judicial review*[428]. En plus de ne pas être toujours efficace, l'appréciation de ce test est très subjective. Ainsi, dans la même décision, Farquharson LJ et Hoffman LJ considèrent que le Gouvernement ne serait pas intervenu si le Jockey Club n'avait pas existé[429]. L'appréciation portée via le test du *but for* varie selon les juges et leurs conceptions personnelles de l'action publique.

Certains autres éléments peuvent apparaître au fil des affaires. Le fait, par exemple, que l'autorité exerce son pouvoir de façon monopolistique ou quasi-monopolistique était une des données prises en compte par Sir Donaldson MR dans *Datafin*. Cela permet de reconnaître que les décisions de l'autorité ont un impact important sur un grand nombre d'individus et sont donc des décisions d'intérêt général. Cet élément a pu être utilisé dans d'autres affaires, mais il suffit rarement[430]. De même, la présence de financement public ne suffit pas[431]. Mais elle peut être tout de

424. Voir aussi : *R. v. Advertising Standards Authority, ex p. The Insurance Services plc* (1990) 2 Admin LR 77 (p. 86 par Glidewell L.J.).
425. WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 133-134 ; CAMPBELL (C.D), « The nature of power as public in English judicial review », *op. cit.*, pp. 92-96 ; THOMPSON (K.) et JONES (B.), « Administrative Law in the United Kingdom », pp. 217-244, notamment p. 214 in *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States, A Comparative Analysis*, sous la dir. de R. Seerden, 3e éd., Intersentia, Portland, 2012.
R. v. Chief Rabbi, ex p. Wachmann [1992] 1 WLR 1036 (pp. 1041-1042 par Simon Brown J.) : « il ne peut être soutenu […] que le Grand Rabbin exerce des fonctions publiques en ce qu'il régirait une partie de la vie publique et que pour ces actions le gouvernement aurait imposé un régime législatif ». Voir aussi : *R. v. Football Association Ltd, ex p. Football League Ltd* [1993] All ER 833.
426. WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review,* 6e éd., *op. cit.*, pp. 133-134.
427. CRANSTON (R.), « Reviewing Judicial Review », pp. 45-80, p. 49 in A*dministrative Law and Government Action*, sous la dir. de G. Richardson et H. Genn, Clarendon Press, Oxford, 1994.
Peter Cane en fait l'élément déterminant dans l'affaire *Datafin*, bien que rejetant le caractère politique de la question : CANE (P.), « Self Regulation and Judicial Review », *CJQ* 1987, pp. 324-347, pp. 337-339.
428. *R. v. Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex p. Aga Khan* [1993] 1 WLR 909, p. 923.
429. Respectivement p. 930 et p. 932.
430. Pour un exemple dans lequel le fait que la décision de l'organe ait un impact important sur les tiers est déterminant : *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Guinness Plc* [1990] 1 QB 146 (p. 193 par Woolf LJ.).
Pour certains, c'est ce critère traduisant le monopole du pouvoir qui est le plus pertinent : WOOLF (H.), « *Droit Public* – English Style », *PL* 1995, pp. 57-71, p. 64 (pour ce qui concerne les organisations sportives et religieuses que l'auteur souhaite voir soumises à la *judicial review*) ; CAMPBELL (C.D), « The nature of power as public in English judicial review », *op. cit.,* pp. 115-117 ; « Monopoly power as public power for the purposes of judicial review », *LQR* 2009, pp. 491-521.
A contrario, voir : *R. v. Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex p. Aga Khan* [1993] 1 WLR 909, pp. 932-933 (Hoffmann L.J.) ; *R. v. Chief Rabbi of the United Hebrew Congregation of Great Britain and the Commonwealth, ex p. Wachmann* [1992] 1 WLR 1036, pp. 1041-1042 (Simon Brown J.) ; *R. v. Football Association Ltd. ex p. Football League Ltd.* [1993] 2 All ER 833, p. 848 (Rose LJ.).
431. *R. (on the application of Mullins) v. Jockey Club Appeal Board (No. 1)* [2005] EWHC 2197 (pt. 35 par Stanley Burnton J.) ; *R (on the application of Heather) v. Leonard Cheshire Foundation* [2002] 2 All ER 936.

même un élément pris en compte[432].

De tout cela il ressort que c'est la qualification de la fonction qui emporte l'application, ou non, de la *judicial review* lorsque le critère de la source est inutile[433]. Mais il apparaît aussi que la détermination de ce qu'est une « fonction publique » est contingente. Aucun critère précis n'existe. Les juges utilisent un ensemble d'éléments dont aucun n'est à lui seul déterminant. Aucun « test universel n'est applicable en toutes circonstances »[434], la jurisprudence ne faisant que donner « un schéma pour la recherche qui doit être menée »[435]. Le but est de mettre en évidence une coloration publique suffisante à l'autorité, et au litige.

Afin de résumer ces développements, reprenons les propos de Mark Elliott et Robert Thomas. Ils identifient à partir de la jurisprudence, trois situations différentes[436]. Dans une première, la soumission à la *judicial review* est rendue plus simple lorsque, bien qu'ayant un pouvoir de fait, est en cause un organe faisant partie du Gouvernement. Tel est le cas du ministre du Travail décidant le paiement des pensions pour les veuves[437]. La deuxième situation est illustrée par l'affaire *Datafin* : l'organe en cause n'est pas, en soi, public, mais il exerce une « fonction publique ». Enfin, dans la troisième situation, l'organe en cause n'est ni public, ni n'exerce de « fonction publique ». Dans ce dernier cas, la *judicial review* n'est pas permise. Tel est le cas du Jockey Club dont la fonction est de régir les courses de chevaux[438] tout comme l'Association de Football qui gère le championnat anglais de Première Ligue[439]. De même, sont exclues les décisions prises par les autorités religieuses[440].

2. En présence d'un contrat, la difficulté de réunir suffisamment d'« éléments de droit public »

Malgré l'affaire *Datafin*, il est toujours affirmé que la présence d'un contrat fait barrière à la

432. *R. v. Governors of Haberdashers' Aske's Hatcham College Trust ex p. Tyrell* [1995] ELR 350, p. 360 (Dyson J.) ; *R (on the application Jenkins) v. Marsh Farm Community Development Trust* [2011] EWHC 1097 ([54] – [55] par CMG Ockelton).
433. *R. (on the application of Beer) v. Hampshire Farmers' Market Ltd* [2003] EWCA Civ 1056 ([16] par Dyson LJ.).
434. THOMPSON (K.) et JONES (B.), « Administrative Law in the United Kingdom », voir p. 214 in in *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States, A Comparative Analysis*, sous la dir. de R. Seerden, 3e *éd., op. cit*.
435. *R. (on the application of Beer) v Hampshire Farmers' Market Ltd* [2003] EWCA Civ 1056, [16] (Dyson LJ.).
436. ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 563-567.
437. *R. (on the application of Hooper) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2003] EWCA Civ 813.
438. *R. v. Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex p. Aga Khan* [1993] 1 WLR 909 ; *R. (on the application of Mullins) v. Jockey Club Appeal Board (No. 1)* [2005] EWHC 2197.
439. *R. v. Football Association Ltd, ex p. Football League Ltd.* [1993] 2 All ER 833.
440. *R. v. Chief Rabbi, ex p. Wachmann* [1992] 1 WLR 1036 ; *R. v. Imam of Bury Park Mosque, ex p. Sulaiman Ali* [1992] COD 13 ; *R. v. London Beth Din, ex p. Bloom* [1998] COD 131.

judicial review. Ainsi, Lord Diplock, dans l'affaire *Lain*, précise que si la source du pouvoir ne permet pas de déterminer la compétence de supervision de la Haute Cour, en revanche il est clair qu'elle ne joue pas « lorsque le pouvoir provient seulement d'un accord entre les parties »[441]. Ces propos se retrouvent aussi dans l'affaire *Lavelle*, sous la plume de Woolf J. Le juge relève que « la procédure d'appel disciplinaire prévue au sein de la B.B.C. découle directement du contrat entre le demandeur et la B.B.C., et donc c'est une procédure de caractère privé ou interne »[442]. Il a ainsi pu être soutenu qu'en présence d'un contrat, l'affaire *Datafin* aurait été jugée différemment, et la *judicial review* refusée[443]. Ici, la circonstance que l'organe en cause soit impliqué dans un schéma de régulation gouvernemental ne suffit plus dès lors que l'autorité voit ses pouvoirs provenir d'un contrat[444].

D'ailleurs, c'est sur la présence d'un contrat que se fondent principalement les jugements dans *Aga Khan*. Les pouvoirs du Jockey Club dérivent d'un accord entre les parties[445]. En cela, la situation de cette Institution est radicalement différente de celle de la Commission des Acquisitions et des Fusions. En effet, un individu peut renoncer à entrer au Jockey Club[446]. En revanche Lloyd J, dans *Datafin*, relevait que la City n'est pas un club et que certains individus affectés par les décisions de la Commission n'ont pas d'autre choix que de se soumettre à la compétence de celle-ci[447]. L'élément consensuel est fondamental. Il explique ainsi la décision de l'affaire *Aga Khan*[448]. John Bell en conclut que « les tribunaux ont mis l'accent sur le caractère unilatéral du pouvoir de l'organisme. Si celui-ci peut imposer des décisions à des justiciables qui ne se sont pas volontairement assujettis à sa juridiction, l'organisme sera alors soumis au contrôle du judiciaire »[449]. Tel est le cas dans l'affaire *Datafin*, mais non dans *Aga Khan*.

La question de la soumission des contrats à la *judicial review* se révèle des plus complexes. Plusieurs situations différentes sont à distinguer. Nous envisagerons tout d'abord les contrats passés

441. *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, ex p. Lain* [1967] 2 QB 864, p. 884. Voir aussi : *R. v. Governors of Haberdashers' Aske's Hatcham College Trust ex p. Tyrell* [1995] ELR 350, p. 357 et p. 359 (Dyson J).
442. *R. v. British Broadcasting Corporation, ex p. Lavelle* [1983] 1 WLR 23, p. 31.
443. OGOWEWO (T.I.), « Is contract the juridical basis of the Takeover Panel ? », *JIBL* 1997, pp. 15-23.
444. *R. v. Insurance Ombudsman, ex p Aegon Life Insurance* [1994] COD 426.
445. *R. v. Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex p. Aga Khan* [1993] 1 WLR 909, p. 924 (Sir Thomas Bingham MR), p. 928 (par Farquharson LJ) et pp. 932-933 (par Hoffmann LJ).
446. *ibid*., p. 928 par Farquharson LJ : « le fait est que si le demandeur souhaite faire courir ses chevaux dans ce pays il n'a pas d'autres choix que de se soumettre à la compétence du Club. Cela est peut-être vrai, mais personne n'est obligé de faire courir ses chevaux dans ce pays et cela ne détruit par l'élément consensuel ».
447. *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Datafin Plc*. [1987] QB 815, p. 446.
448. SUPPERSTONE (M.), « The Ambit of Judicial review », voir p. 72 in *Judicial review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit*.
Voir aussi : *R. (on the application of West) v Lloyd's of London* [2004] EWCA Civ 506, [31] – [32] (Lord Justice Brooke) ; *R. v. Football Association Ltd, ex p. Football League Ltd* [1993] 2 All ER 833 ; *R. v. Association of British Travel Agents, ex p. Sunspell Ltd* [2001] ACD 16.
449. BELL (J.), « Le fondement du contrôle juridictionnel de l'Administration », pp. 57-86, p. 72 in *Common Law, d'un siècle à l'autre*, sous la dir. de P. Legrand, Cowansville, Québec, 1992.

dans une optique de gestion d'un service (a.). Nous regroupons ici les cas qui concernent la délégation d'une mission ou la passation de contrat permettant à une autorité publique de se procurer des biens ou services. Il s'agira par la suite de traiter les contrats passés entre une personne publique et un individu (b.). Là encore, ce développement regroupe les contrats passés entre une autorité publique et un individu pour conclure ou vente, et les contrats de recrutement d'agents. Il sera alors possible de mettre en évidence que la méthode des juges, critiquée d'ailleurs par une partie de la doctrine (d.), repose sur la recherche alternative de deux indices (c.).

a. Contrat et gestion d'un service

La position de la jurisprudence sur ce point a pu poser des problèmes avec le développement du phénomène de contractualisation. L'affaire *Servite Houses* en est un bon exemple[450]. Le Conseil de la Ville de Wandsworth avait décidé, comme cela lui était autorisé par la loi[451], de passer un contrat avec une association dénommée Servite Houses. Le but était, pour la Ville, de remplir ses obligations légales de mise à disposition, pour les personnes âgées, de logements[452]. L'association décide par la suite d'en fermer certains. Les personnes concernées contestent la décision par la voie de *judicial review* au motif que la promesse leur avait été faite par le Conseil qu'un logement leur serait fourni jusqu'à la fin de leur vie. Le recours en *judicial review* sera refusé. Selon Moses J, pour accepter un tel recours de droit public, il est nécessaire que la fonction exécutée par l'association soit une fonction publique. Cela nécessite qu'il y ait un « fondement législatif » (*statutory underpenning*) suffisant à la fonction, au sens de l'affaire *Datafin*[453]. Or, pour Moses J, il ressort de cette affaire que « le fondement législatif ou la pénétration législative signifie plus que le seul fait que la loi régisse les façons de fournir un service, cela nécessite un contrôle législatif sur les circonstances dans lesquelles le service doit être fourni ou arrêté »[454]. Dès lors, le seul fait que la loi permette la contractualisation d'une fonction obligatoire pour la personne publique ne suffit pas à faire de la fonction exécutée par le co-contractant privé, une fonction publique[455]. L'intensité législative, si l'on peut dire ainsi, doit être plus forte. La décision de fermer les logements tient sa source du contrat passé entre l'autorité locale et l'association privée. Ce d'autant plus que Moses J.

450. *R. v. Servite Houses and Wandsworth LBC, ex p. Goldsmith* [2001] ACD 4. Voir : CRAIG (P.), « Contracting Out, the Human Rights Act and the Scope of Judicial Review », *LQR* 2002, pp. 551-568, pp. 561-567.
451. *National Assistance Act* de 1948 (section 26).
452. *National Health Service and Community Care Act* de 1990 (section 47).
453. Voir : *R. v. Servite Houses and Wandsworth LBC, ex p. Goldsmith* [2001] ACD 4, pp. 20-25.
454. *ibid*., p. 22.
455. *ibid*., p. 23.

rejette l'utilité en l'espèce du « but for ». Le fait qu'en cas d'absence de contrat avec *Servite Houses* l'autorité locale aurait elle-même dû fournir les logements n'a pas d'impact pour le juge[456]. Elle n'est donc pas susceptible de *judicial review.*

Les juges ont considéré l'intensité législative comme suffisante dans une affaire *A*, de 2002[457]. Une femme est enfermée contre sa volonté dans un hôpital psychiatrique privé, en vertu de la section 3(1) du *Mental Health Act* de 1983. La requérante conteste la décision du directeur de l'hôpital consistant en une modification de son traitement. L'hôpital en cause était enregistré comme un service de santé mentale en vertu du *Registered Homes Act* de 1984. De plus, la prise en charge médicale était financée par l'organisme local de soin de la requérante. Il existe donc entre l'autorité locale et l'hôpital un accord en vue de permettre à la première l'exécution de ses obligations légales[458]. En l'espèce, Keith J considère que la décision du directeur est susceptible de *judicial review* puisqu'il exerce une fonction publique[459]. Pour en arriver à une telle conclusion, le juge s'appuie sur deux arguments : d'une part, sur le fait que l'hôpital reçoit des patients contre leur volonté (loi de 1983) ; d'autre part, sur le fait que l'enregistrement de l'hôpital conduit à un contrôle par le Secrétaire d'État (loi de 1984)[460]. Dans ce dernier élément se trouvent, notamment, des obligations pour l'hôpital de fournir certains services et de disposer d'une équipe suffisante pour les patients internés de force. Il ressort de ces éléments que l'exercice de la fonction par l'hôpital se fait dans l'intérêt général et dans des conditions particulières[461]. Si la loi n'avait pas prévu des obligations de service alors il semble que pour Keith J la décision n'aurait pas pu être soumise à la *judicial review*, et ce dans la lignée de l'affaire *Servite Houses*[462]. Cependant ici, l'intensité de l'intervention est telle que la décision relative aux changements de soins par le directeur de l'hôpital est un acte de droit public.

La détermination n'est donc pas aisée. Dans l'affaire *Hibbit and Saunders*, la procédure de passation d'un contrat de sténographie décidée par le Lord Chancelier n'est pas soumise à *judicial review*[463]. Les éléments de droit public ne sont pas suffisants puisque, d'une part, le contrat n'a pas

456. *ibid*., p. 21.
457. *R. (on the application of A) v. Partnerships in Care Ltd* [2002] 1 WLR 2610.
458. Ces obligations découlent des *National Health Service (Functions of Health Authorities and Administrative Arrangements) (England) Regulations* 2001.
459. [24] (Keith J).
460. [16].
461. [24]. Voir aussi concernant un bailleur social dont la fonction est publique du fait que la loi la régule intensément : *R. (on the application of Weaver) v. London and Quadrant Housing Trust* [2008] EWHC 1377.
462. *idem*.
463. *R. v. Lord Chancellor, ex p. Hibbit and Saunders* [1993] COD 326.
Dans le même sens, voir : *R. (on the application of Menai Collect Ltd) v. Department for Constitutional Affairs* [2006] EWCH 724. Pour une étude de cette affaire et une critique, voir : BAILEY, « Judicial review and the tendering process.

pour but de permettre l'exécution d'un objectif particulier et, d'autre part, la décision n'est pas incorporée dans un environnement législatif suffisant[464]. Sur ce dernier point, il est affirmé que le pouvoir de contracter du Lord Chancelier découle non pas de la loi, mais de la *common law*[465]. De plus aucune loi ne venait imposer des obligations particulières à respecter dans la procédure de passation du contrat. En revanche, dans l'affaire *Donn & Co*, la passation d'un contrat entre la Commission d'Aide Juridictionnelle et deux cabinets d'avocats, concernant les procès ayant lieu à la suite du syndrome de la Guerre du Golfe, est soumise à la *judicial review* au motif que l'objet du contrat est particulier et que le public a un grand intérêt à ce que la procédure soit juste[466]. De même, est autorisée la *judicial review* contre un refus d'une autorité locale de passer un contrat avec une compagnie faisant partie d'un groupe qui a des liens avec le pouvoir sud-africain[467]. Il en va de même de la décision d'une autorité locale de refuser à un club de rugby d'utiliser le terrain de la ville pour s'entraîner du fait, là aussi, que le club avait disputé un tournoi en Afrique du Sud, alors sous régime d'apartheid[468]. Dans ces deux derniers cas, les décisions étaient motivées par la volonté de l'autorité de promouvoir l'égalité, en vertu du *Race Relations Act* de 1976.

b. Contrat et relations avec les individus

Lorsque le contentieux ne concerne pas un service ayant fait l'objet d'une contractualisation, comme dans les affaires précédentes, mais les relations entre le requérant et l'autorité publique, la logique n'est pas différente. Le principe reste l'impossibilité de demander la *judicial review*, sauf présence d'éléments publics suffisants[469]. Dans l'affaire *Pepper*, le requérant s'était vu délivrer un permis de construire sur son terrain[470]. Pour y accéder, il devait acquérir un autre terrain adjacent détenu par l'autorité locale. Cette dernière refuse de le vendre. L'*Administrative Court* a considéré

A note on R. (on the application of Menai Collect Ltd and North West Commercial Services Ltd) v Department of Constitutional Affairs and Swift Credit Services Ltd (Interested Party) and R. (on the application of Gamesa Energy UK Ltd) v National Assembly for Wales », *PPLR* 2007, pp. 11-20.

464. HUNT (M.), « Constitutionalism and the Contractualisation of Government in the United Kingdom », voir pp. 34-35, in *The Province of Administrative Law,* sous la dir. de M. Taggart, *op. cit.* ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 841.

465. HUNT (M.), *idem*.

Voir le jugement de Elias J. dans l'affaire *R. (on the application of Molinaro) v. Kensington and Chelsea RLBC* ([2001] EWHC admin. 896 ([74])).

466. *R. v. Legal Aid Board, ex p. Donn & Co* [1996] 3 All ER 1.

467. *R. v. Lewisham LBC, ex p. Shell UK Ltd* [1998] 1 All ER 938.

468. *Wheeler v. Leicester City Council* [1985] AC 1054.

469. ARROWSMITH (S.) « Judicial Review and the Contractual Powers of Public Authorities », *LQR* 1990, pp. 277-292 ; BAILEY (S.H.), « Judicial Review of Contracting Decisions », *PL* 2007, pp. 444-463.

Pour une liste des affaires dans lesquelles la judicial review a été autorisée ou non voir : WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 141-144.

470. *R. v. Bolsover DC, ex p. Pepper* [2001] JPL 804.

que le refus d'une autorité locale de passer un contrat de vente d'un terrain n'est pas susceptible d'une *judicial review.* En effet, le seul fait que la décision ait été prise en vertu d'une loi ne donne pas une coloration publique suffisante au litige[471]. L'autorité locale agissant comme simple propriétaire, la décision n'est pas en elle-même une décision de droit public.

Il est donc nécessaire de savoir quand les éléments de droit public sont présents. Le jugement de Elias J dans l'affaire *Molinaro* tente de répondre à cette question[472]. Le requérant s'était vu accorder un bail par l'autorité locale, pour utiliser des locaux afin d'ouvrir une épicerie fine, en vertu de la section 123 (2) du *Local Government Act* de 1972. Par la suite, il commence à vendre de la nourriture et à en permettre la consommation sur place. Il demande dès lors à l'autorité locale de changer la licence d'exploitation pour en faire un café. Le Conseil lui refuse. Cette décision est attaquée. Elias J va considérer que la mise en œuvre par un contrat, ici la licence d'exploitation, d'une certaine politique d'urbanisme de l'autorité locale permet d'autoriser la *judicial review*[473]. Le terme « licence » ne doit pas tromper. C'est bien une véritable relation contractuelle qui se noue dans ce cas[474]. Ainsi, le refus de modifier ce contrat a pour objectif de mettre en œuvre les buts de la politique d'urbanisme, ce qui en fait une décision soumise au droit public[475]. L'un des arguments utilisés par Elias J pour justifier cette décision concerne la portée de celle-ci. Pour le juge, le seul fait qu'une personne publique soit partie à un contrat ne suffit pas à faire de sa décision une de celles qui sont attaquables par voie de *judicial review.* Cependant, Elias J relève dans le même temps que les pouvoirs des personnes publiques « leurs sont confiés pour être exercés dans l'intérêt public, et le public a un intérêt à ce que les pouvoirs ne soient pas utilisés abusivement »[476]. Cette remarque vaut aussi pour les contrats[477]. Dès lors, le jugement de Elias J s'éloigne de celui rendu dans *Pepper.* Le fait que le contrat soit passé en vue d'exécuter une fonction déléguée par la loi « injecte un élément public suffisant à la décision justifiant sa soumission aux principes de droit public »[478].

La même logique se retrouve dans les contrats de travail passés entre les autorités publiques et ses agents. En principe, la relation est contractuelle et ne peut conduire à ouvrir droit à une *judicial review*, le fait que l'employeur soit une personne publique n'étant pas un élément public

471. [33] (Mr Justice Keene).
472. *R. (on the application of Molinaro) v. Kensington and Chelsea RLBC* [2001] EWHC admin. 896.
473. [63].
474. Cela est dit très expressément par Scarman J dans l'affaire *R.* v. *Barnsley Metropolitan Borough Council, ex p. Hook* [1976] 1 WLR 1052, p. 1059.
475. [64].
476. [67].
477. *idem*.
478. [64].

suffisant[479]. Il en va autrement, en revanche, lorsqu'une loi vient clairement restreindre les possibilités de renvoi de ses agents[480]. En revanche, en l'absence d'un contrat, lorsque l'emploi repose sur un pouvoir de *common law*, alors le recours de *judicial review* semble possible. C'est précisément l'absence de contrat qui rend le contentieux public dans une affaire *Bruce*[481]. Le requérant avait accepté un poste dans l'administration fiscale (*Inland Revenue*) qui lui avait été proposé par une lettre de nomination. Ce pouvoir, fondé sur la prérogative royale, ne permet pas, selon la Haute Cour de Justice, de considérer qu'un contrat existait alors entre le requérant et la Couronne. Le litige peut donc être porté par voie de *judicial review*[482].

Concernant les procédures disciplinaires engagées contre les agents, une distinction est opérée là aussi suivant le degré d'implication de la législation. Si la procédure disciplinaire découle clairement de la loi alors la *judicial review* est possible ; telle n'est pas le cas si elle est purement interne à l'organisme qui emploie la personne[483].

c. Une méthode d'identification reposant sur deux indices alternatifs

Une certaine systématisation de la jurisprudence est possible. Elle est partielle, mais permettra d'éclairer la logique intrinsèque des juges. Confrontés à un contrat, ils recherchent tout d'abord la présence d'une loi et, à défaut, d'autres éléments de droit public[484].

Avant d'entrer dans l'étude de ces deux aspects, il est nécessaire de mettre en évidence leur lien. Le terme « autres », pour parler des éléments alternatifs à la loi, n'est pas utilisé de façon anodine. C'est ainsi que les juges le présente[485]. Ce qu'il faut alors déterminer, pour eux, c'est la

479. *R v. British Broadcasting Corp, ex p. Lavelle* [1983] 1 WLR 23 ; *R. v East Berkshire Health Authority, ex p. Walsh* [1985] QB 152, p. 162 et p. 164 (Sir John Donaldson MR).
Pour un résumé de la situation quant aux contrats des agents, voir le jugement de Woolf LJ dans *McLaren v. The Home Office* [1990] ICR 824.
480. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Benwell* [1985] QB 554. Voir aussi : *R. v. East Berkshire Health Authority, ex p. Walsh* ([1985] QB 152, pp. 164-165 (Sir John Donaldson MR.)).
481. *R. v. Civil Service Appeal Board, ex p. Bruce* [1988] ICR 649.
Voir : ARROWSMITH (S.) « Judicial Review and the Contractual Powers of Public Authorities », *op. cit*., pp. 284-285.
482. *R. v. Civil Service Appeal Board, ex p. Bruce* [1988] ICR 649, voir pp. 656-660 (May L.J.), notamment le juge y affirme : « dans la présente affaire, cependant, en l'absence d'un contrat de travail entre le requérant et la Couronne, je pense que l'on doit reconnaître qu'il y a un élément public suffisant au-delà la décision de licenciement auprès de l'administration fiscale (*Inland Revenue*) et de l'audience d'appel devant la Commission d'Appel des Agents Publics pour l'autoriser à faire une demande de judicial review de cette dernière [...] » (p. 660) ; voir aussi pp. 668-669 (Roch J.) : « il n'y a aucun contrat entre l'agent public et le CSAB, quelque soit la relation entre l'agent et la Couronne. Si le CSAB refuse de connaître d'un appel demandé par l'agent public, il n'y a aucun droit privé sur lequel l'agent peut demander à la commission de connaître de son appel ».
483. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., pp. 144-145.
484. Cette structure se retrouve clairement énoncée dans l'affaire *R. v. Lord Chancellor, ex p.Hibbit & Saunders* [1993] COD 326. Voir sur cette affaire : OLIVER (D.), « Judicial review and the shorthandwriters », *PL* 1993, pp. 214-218, notamment p. 214.
485. Dans l'affaire *Hibbit & Saunders* ([1993] COD 326, précitée), Rose LJ parle « de certains autres éléments de droit

présence d'un élément public suffisant, justifiant que le contrat soit soumis à la *judicial review.* Nous le verrons, mais si la loi est suffisamment présente, alors elle conduit, seule, à admettre ce recours (*α.*). Ce n'est qu'en son absence, ou par son insuffisance, qu'elle doit être complétée par d'autres éléments (*β.*).

α. Le cas le plus simple : l'appel à la loi

S'agissant de la recherche d'une loi, ou plus exactement d'un fondement/soutien législatif (*statutory underpinning*), nous en avons déjà vu un exemple dans l'affaire S*ervites Houses*. L'affaire *Walsh* en est une autre illustration. La soumission d'une décision de mettre fin à un contrat entre une infirmière et le *National Health Service* a été refusée. Sir Donaldson MR précise ainsi sa position : « le Parlement peut soutenir (*underpin*) la position des employés d'une personne publique en diminuant la liberté de celle-ci de les licencier, octroyant aux employés des droits de « droit public » et les rendant alors susceptibles d'obtenir des remèdes de droit administratif. Mais, le Parlement peut requérir, de la part de l'autorité, de contracter avec ses employés dans des conditions précises avec l'idée que l'employé détiendra des droits de « droit privé » en vertu des termes du contrat »[486]. On perçoit alors bien que la seule présence d'une loi ne suffit pas. Elle doit soit directement fonder la passation du contrat[487], soit le régir quant à son contenu.

Lorsque la loi crée ainsi des « droits publics », la *judicial review* est donc possible. Cependant, cette dernière aura seulement vocation à veiller au strict respect de la loi. Les requérants ne pourront pas invoquer la violation de droits provenant d'autres sources que la loi. Ce dernier point est clairement mis en évidence dans l'affaire *Mass Energy Ltd v Birmingham City Council*[488]. La ville de Birmingham avait lancé un appel d'offres pour le traitement de ses déchets. L'entreprise Mass Energy participe à la procédure, mais n'est pas retenue. Elle attaque alors la décision de la ville de choisir une autre entreprise. La question était de savoir si l'entreprise non retenue pouvait faire une *judicial review.* Glidwell LJ l'admet car la procédure à suivre avait été fixée par la loi. Seul ce moyen sera invocable ; les autres découlant de la violation des obligations contractuelles ne le sont pas[489]. La loi fait obligation à l'autorité publique de contracter selon une procédure qu'elle

public » (voir OLIVER (D.), « Judicial review and the shorthandwriters », *op. cit.*, p. 214).
Voir aussi l'étude de cette question par Mr Justice McCombe dans *R. (on the application of Menai Collect Ltd) v. Department for Constitutional Affairs* [2006] EWCH 724, [24] – [49].
486. *R. v. East Berkshire Health Authority, ex p. Walsh* [1985] QB 152, p. 165.
Voir aussi *R v. British Broadcasting Corp, ex p. Lavelle* [1983] 1 WLR 23.
487. Sur cette question en particulier, voir : ASPEY (E.), « The search of the true public element : judicial review of procurement decisions », *PL* 2016, pp. 35-53, notamment pp. 37-44.
488. *Mass Energy Ltd v Birmingham City Council* [1994] Env. L.R. 298.
489. *Mass Energy Ltd v Birmingham City Council* [1994] Env. L.R. 298, p. 306.

définit elle-même. Dans celle affaire, la ville de Birmingham n'a pas de marge de manœuvre sur cette question. Elle ne peut choisir d'elle-même la procédure de passation du contrat. Depuis cet arrêt, les cours se sont engagées dans une évolution, admettant dorénavant de dépasser le seul contrôle de la violation de la loi[490]. Cependant, il est révélateur de voir à quel point la loi joue ici un rôle central. Elle est tout à la fois la justification et la limite de la *judicial review* concernant les contrats ; elle fonde alors tant la décision attaquée que le recours exercé. En cela, l'affaire *Mass Energy*, même limitée aujourd'hui dans sa portée, reflète la difficulté que les juges éprouvent à soumettre aux principes de droit public un acte considéré par nature comme relevant du droit privé.

L'élément législatif doit donc être, non pas seulement présent, mais d'une intensité suffisante pour permettre aux juges de considérer que le Parlement a exprimé sa volonté de voir régît un certain domaine par le droit public[491]. Rappelons que la loi habilitant l'autorité à contracter n'est pas prise en compte en tant que tel. Si elle peut faciliter la détermination de l'élément public, elle n'est pas suffisante[492].

β. La recherche d'éléments publics pour pallier l'insuffisance législative

En l'absence d'un fondement législatif certain, les juges vérifient si d'autres éléments de droit public sont présents. Sur ce point, Rose LJ affirme qu' « il n'y a pas de test universel »[493]. Comme pour ce qui est de l'arrêt *Datafin*, les juges font preuve de casuistique en usant, dans la plupart des cas, d'un faisceau d'indices. Le poids attribué à chacun d'eux est en revanche très relatif. Ainsi, si certains éléments semblent, à eux seuls, déterminants, d'autres en revanche sont accessoires. Trois ont une importance particulière : la nature des moyens invoqués, l'intérêt public présent dans le litige et la présence de droits issus de la *common law.*

La recherche des éléments de droit public se révèle originale. Plutôt que de regarder en premier lieu les éléments du contrat, du service contractualisé ou encore des modalités de la passation, les juges se penchent d'abord sur l'objet du recours. Cela est clairement apparent dans le jugement de Elias J dans l'affaire *Molinaro*, déjà mentionnée[494]. Selon le juge, « le fait que l'autorité locale exerce des fonctions légales devrait suffire à justifier que la décision soit soumise à judicial

490. DAVIES (A.), *The Public Law of Government Contracts, op. cit.*, pp. 162-165 ; ASPEY (E.), « The search of the true public element : judicial review of procurement decisions », *PL* 2016, pp. 35-53, voir pp. 38-44.
491. *R. v. Muntham House School, ex p. R.* [2000] ELR 287, pp. 294-295 (Richards J.).
492. DAVIES (A.), *ibid.,*, p. 157.
493. OLIVER (D.), « Judicial review and the shorthandwriters », *op. cit.*, p. 214.
494. *R. (on the application of Molinaro) v. Kensington and Chelsea RLBC* [2001] EWHC admin. 896.

review s'il est affirmé qu'il y a eu abus de pouvoir »[495] ; ainsi, « ce qui est important dans ces affaires c'est la nature de la demande. Si la demande porte sur un abus de pouvoir, alors la cour doit, en principe, en connaître »[496]. Dès lors, ce sont les vices les plus graves qui donnent lieu à *judicial review.* Cependant, Eleanor Aspey a relevé qu'aucune raison claire ne permet de distinguer entre ces vices et d'autres vices n'ouvrant pas, à eux seuls, droit à ce recours[497]. Ces derniers, comme l'irrationalité ou la violation des attentes légitimes, peuvent alors constituer des indices concluant à la présence d'un élément public. Mais ce ne sont pas des éléments déterminants[498]. La logique des juges n'est ici pas fondamentalement différente de celle appliquée dans la recherche d'un fondement législatif suffisant. Le non-respect de la loi constitue le vice le plus grave qui puisse affecter un acte, quel qu'il soit. En somme, il ressort ici que la *judicial review* est avant tout conçue comme devant permettre de sanctionner les violations les plus graves du droit public. La recherche du litige à soumettre aux juges par cette voie dépend plus de la conception que ceux-ci se font du recours, que de la nature de la fonction, de l'activité en cause. Il est clair, en revanche, que la tendance des juges à se détacher du seul respect de la loi doit aussi les conduire à abandonner cette distinction selon la gravité des vices pour déterminer la présence d'un élément public autre.

Dès lors, les juges ne se limitent pas aux vices invoqués par le requérant. Certaines décisions mettent en évidence l'utilisation de caractères propres à la fonction exécutée par le contrat. Sur ce point, les juges s'inspirent de la méthode dégagée dans l'affaire *Datafin* pour déterminer si une fonction est ou non publique[499]. Dans la même veine donc, ces éléments n'en sont pas à eux seuls déterminants. Il en va ainsi même lorsque l'autorité publique utilise des fonds publics ou souhaite céder un terrain. Pour Gibbs J, dans l'affaire *Gamesa Energy UK Limited*, la réunion de ces éléments pose la question de la présence d'éléments publics suffisant pour accepter la *judicial review*[500]. Selon le juge, « c'est un point de départ » mais « bien sûr, si, par exemple, un dol (*fraud*) était invoqué la balance pencherait indéniablement en faveur de l'admission d'une requête fondée sur la violation de moyens de droit public »[501]. Les éléments tournant donc autour de l'opération et

495. [65].
496. [67]. Voir : BAILEY (S.H.), « Judicial Review of Contracting Decisions », *op. cit.*, pp. 456-458.
Cette idée se trouve également exprimée par McCombe J dans l'affaire *R. (on the application of Menai Collect Ltd) v. Department for Constitutional Affairs* ([2006] EWCH 724). Le juge relève à cet égard que, dans un contrat mettant en jeu des relations commerciales classiques entre une autorité publique et une entreprise, « ce ne sont pas toutes les déviations du meilleur chemin possible qui conduisent à un recours en judicial review. C'est, à mon avis, pour cette raison que les exemples provenant d'affaires jugées antérieurement, concernant des procédures commerciales comme celle-ci, soumises à judicial review, le sont pour des cas de corruption (*bribery*), abus de position (*corruption*), mise en application d'une politique illégale et autres. Dans ces cas-là, il y a un véritable élément public » ([47]).
497. ASPEY (E.), « The search of the true public element : judicial review of procurement decisions », *op. cit.*, voir pp. 44-48.
498. *ibid*., p. 47.
499. Voir *supra* : Section II, II, B, 1.
500. *R. (on the application of Gamesa Energy UK Limited) v. National Assembly for Wales* [2006] EWHC 2167.
501. *ibid*., [67].

de la fonction, s'ils peuvent être pris en compte, ne sont au final ni nécessaires ni déterminants. En un mot, pour reprendre la terminologie utilisée dans les affaires anglaises, ils ne révèlent pas un élément public « suffisant ».

Le tableau se complexifie encore lorsque s'intègre à l'équation la notion d'intérêt public[502]. Tel est le cas dans l'affaire *Molinaro*. Cette dimension est prise en compte par Elias J. puisque selon lui « les personnes publiques sont différentes des personnes privées sur un point fondamental. Leurs pouvoirs leur sont octroyés pour être utilisés dans l'intérêt public, et le public a un intérêt à veiller à ce que ces pouvoirs ne soient pas utilisés abusivement »[503]. Dans l'affaire *Donn*, évoquée plus haut, la logique est similaire. La résolution de la question posée intéresse le public au sens large, justifiant le recours de droit public. Une idée proche, quoique non identique, est défendue par Waksman QC dans l'affaire *Harrow Solicitors*[504]. La Commission des Services Juridiques (CSJ), créée en 2007, connaît des plaintes contre les juristes, les cabinets juridiques et promeut des règles de bonne conduite auprès d'eux[505]. Elle peut aussi proposer des contrats à des firmes juridiques. Dans ce cas, elle leur attribue des affaires, dans un certain domaine, dont les frais sont pris en charge par des fonds publics. La firme Harrow se voit refuser l'accès à un tel contrat. Elle fait alors appel devant la Commission de sa décision. Cette dernière le rejette. C'est cette décision qui est attaquée par Harrow. Waksman QC note que le litige porte sur une relation commerciale entre deux entités. En cela, le public n'est pas impliqué. Cependant, pour le juge, « il y a une dimension publique dans les activités de la CSJ concernant la procédure de passation de contrat octroyant des affaires financées par des fonds publics à des services juridiques. Elle demeure même lorsque le litige est relatif au refus d'un appel dans un cas particulier, pour une firme particulière »[506]. La « dimension publique » renvoie ici à l'intérêt poursuivi par le biais de la passation des contrats, et justifie l'ouverture de la *judicial review*. Quoi qu'il en soit, l'intérêt public, qu'il se réalise directement dans l'intérêt même de la question soumise au juge ou, indirectement dans l'activité contrôlée, n'est pas absent. Cependant, selon Eleanor Aspey, cet élément a vocation à rester cantonné au domaine des aides juridictionnelles[507]. Cette affirmation est à relativiser. L'étude de l'auteur ne porte que sur les contrats de délégation, ainsi sa conclusion semble-t-elle limitée à ce domaine. De plus, certaines affaires mettent en évidence que lorsqu'est en cause une activité concernant l'ensemble du public,

502. Pour une approche de l'intérêt public dans le régime contractuel, voir : DAVIES (A.), « Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ? », *RFDA* 2006, pp. 1039-1047 ; LICHERE (F.), et GABAYET (N.), « Contrats publics et intérêt général » in *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, sous la dir. d'Aurélien Antoine, Société de Législation comparée, Paris, 2015, pp. 171-185.
503. *R. (on the application of Molinaro) v. Kensington and Chelsea RLBC* [2001] EWHC admin. 896, [67].
504. *R. (on the application of Harrow Solicitors) v. Legal Services Commission* [2011] EWHC 1087.
505. *Legal Profession Act* de 2007.
506. *ibid*., [63].
507. ASPEY (E.), « The search of the true public element : judicial review of procurement decisions », *op. cit.*, p. 49.

alors cela suffit à insérer un élément de droit public suffisant. C'est ce qui ressort de l'affaire *Bink*s[508]. Ici, une licence autorisant le requérant à vendre des biens sur un lieu public a été révoquée par l'autorité locale compétente. L'élément fondamental est le droit du public d'accéder librement à ce lieu. Il en ressort que, puisque le public est affecté par cette décision, alors la *judicial review* est admise[509].

Enfin, une affaire a mis en évidence que si le requérant invoque la violation d'un droit issu de la *common law*, alors le recours de *judicial review* est ouvert. C'est cet argument qui a été retenu par Lord Denning MR et Scarman J. dans l'affaire *Hook*[510]. Un marchand voit sa licence l'autorisant à vendre dans un marché être révoquée par l'autorité locale. Bien que prise en vertu d'une loi, cette décision porte atteinte au droit de l'individu, provenant de la *common law*, de gagner sa vie par la vente de biens dans un lieu accessible au public. Lord Denning MR affirme ainsi que « le droit d'avoir un commerce est soumis à la common law d'Angleterre. Cela signifie que chaque individu est autorisé à entrer dans un marché, afin d'y vendre des biens : d'autres ont le droit d'y entrer et de les acheter »[511]. Scarman J. en conclut que « bien qu'il y est un élément contractuel dans cette affaire, il y a aussi un élément de droit public i.e. la jouissance de droits conférés au sujet par la common law »[512]. La *common law* suffit à injecter l'élément public nécessaire à la soumission de la décision contractuelle à la *judicial review.*

Cette affaire est difficile à classer. La *common law* ne joue pas ici le rôle de source du pouvoir comme dans les affaires *Datafin* ou *Bruce*. Elle fonde le droit violé de l'individu. On ne peut pas assimiler *Hook* à *Datafin*. De même, *Hook* ne peut fonder une analogie avec les cas où la loi donne un fondement certain à la décision. Certes, dans ce cas, le recours se fonde sur la violation de la loi. Mais cette dernière est surtout la source du pouvoir. Celui-ci doit ainsi respecter le texte qui le fonde. *Hook* pourrait être rapproché des situations où le cas d'ouverture est déterminant. En effet, invoquer la violation de la *common law* permet de faire respecter certaines exigences en provenant. Mais, là encore, le rapprochement de *Hook* avec l'argument du cas d'ouverture déterminant n'est pas réellement possible. C'est parce que le droit atteint provient de la *common law* que ces règles particulières doivent être respectées, non l'inverse. Il nous paraît plus pertinent au

508. *R. v. Wear Valley District Council ex p. Bink*s [1985] 2 All ER 699.
509. Voir [1985] 2 All ER 699, p. 703 par Taylor LJ. C'est en ce sens qu'est lue cette décision : voir *Hampshire County Council v. Graham Beer (T/A Hammer Trout Farm)* [2003] EWCA Civ 1056 ; [2003] LLR 681, [34] par Dyson LJ ; [44] par Longmore LJ.
510. *R.* v. *Barnsley Metropolitan Borough Council, ex p. Hook* [1976] 1 WLR 1052.
511. *ibid*., p. 1056. Plus loin, il ajoute : « […] je ne pense pas que le droit d'un marchand provienne seulement d'un contrat ou d'une licence dont le contenu serait déterminé seulement par la volonté. C'est un droit qui lui est conféré par la common law » (p. 1057).
512. *ibid*., p. 1060.

final de lier, dans une certaine mesure, l'affaire *Hook* avec l'idée d'intérêt public du recours, mentionné dans les affaires *Donn* et *Harrow Sollicitors*. L'importance du « public » apparaît fondamentale dans les jugements de Lord Denning MR et Scarman J. Ce dernier, après avoir approuvé Lord Denning MR, précise que « le public a en vertu de la common law un droit d'aller sur un marché, et d'y acheter et d'y vendre »[513] et que le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité publique dans ce domaine sert à « réglementer l'exercice par le public de ses droits de common law d'acheter et de vendre dans un marché »[514]. On retrouve une telle interprétation plus tard, chez Dyson LJ, dans l'affaire *Graham Beer*[515]. Le juge y relève que « […] l'identité du détenteur du marché n'est pas décisive ni la source du pouvoir déléguant le marché. Ce qui est fondamental est de savoir si le marché est l'un de ceux auxquels le public a accès »[516]. Cependant, dans l'affaire *Hook*, les juges raisonnent à partir de la *common law*, et uniquement à partir d'elle[517]. Il n'y a aucune référence à la notion d'intérêt public en tant que telle, à la différence des affaires *Donn* et *Harlow Sollicitors*.

En cela, *Hook* est un cas original d'admission du recours de droit public, qui n'est pas entièrement assimilable aux autres. Il est toutefois possible de concilier les affaires *Hook* et *Binks*. La première est antérieure de neuf ans à la seconde. La référence à la *common law* permet de donner plus de force à la décision dans *Hook*. Cela d'autant plus qu'à ce moment, l'affaire *Datafin* n'a pas encore été tranchée. Apportant une innovation dans la soumission des contrats à la *judicial review*, les juges en ont cherché le fondement le plus certain. Par la suite, sans rompre avec la logique de l'affaire *Hook*, les juges ont abandonné la référence au droit issu de la *common law* pour se fonder uniquement sur l'impact sur le public. Cela a ainsi permis l'extension de la reconnaissance d'un élément de droit public, comme l'illustre l'affaire *Binks*[518]. Ici, était en cause un individu dont l'activité consistait à vendre de la nourriture sur un parking, et ce, par le biais d'un camion. Si en journée, le parking servait de marché, ce n'était pas le cas la nuit, moment durant lequel le requérant y travaillait. Les droits issus de la *common law* concernant les marchés, mis en évidence dans l'affaire *Hook*, ne trouvaient pas à s'appliquer ici. Pour autant, c'est par le biais de l'accès du public au lieu que l'élément de droit public a été mis en exergue[519]. La logique n'est pas intrinsèquement différente. Mais son application a été accrue.

En somme, la logique concernant les contrats ne diffère pas radicalement de celle ressortant

513. *R.* v. *Barnsley Metropolitan Borough Council, ex p. Hook* [1976] 1 WLR 1052, p. 1060.
514. *idem*.
515. *Hampshire County Council v. Graham Beer (T/A Hammer Trout Farm)* [2003] EWCA Civ 1056.
516. Voir [34].
517. Telle est la conception retenue par la suite dans d'autres affaires. Voir là aussi le jugement de Dyson LJ dans l'affaire *Hampshire County Council v Graham Beer (T/A Hammer Trout Farm)* [2003] EWCA Civ 1056, [20].
518. *R. v. Wear Valley District Council, ex p. Binks* [1985] 2 All ER 699.
519. HOUGH (B.), « Public law regulation of markets and fairs », *PL* 2005, pp. 586-607, notamment pp. 598-599.

de l'affaire *Datafin*. En revanche, si, dans cette dernière, et à sa suite, les juges ont admis la souplesse de leur méthode d'identification de la fonction publique, tel n'est pas le cas ici. Abstraitement, les juges ont recours à la recherche d'éléments publics suffisants, semblant exprimer une méthode similaire à l'affaire *Datafin*. Cependant, concrètement, leur logique se heurte à l'assimilation classique des contrats au droit privé. Afin d'y échapper, les juges doivent fonder leur raisonnement sur un ensemble d'éléments complexes. Leur but est de mettre en exergue suffisamment d'éléments pour renverser la présomption pesant en défaveur de la *judicial review.* Ainsi, certains éléments sont déterminants, mais d'autres ne sont pris en compte que de façon accessoire. De même, une distinction est opérée selon les relations contractuelles en cause[520], ou encore selon l'action de l'autorité publique (passer le contrat ; agir dans le cadre du contrat..)[521]. La méthode des juges est encore ici en formation et est des plus complexe. Cela entraîne nécessairement des critiques.

d. Critiques de la nécessité de rechercher des « éléments de droit public »

Du fait des difficultés qu'elle soulève et de l'incohérence qu'elle donne aux décisions, la recherche d'un élément public suffisant est vouée aux gémonies par une partie de la doctrine anglaise. Ces auteurs (Paul Craig, Anne Davies, S.H. Bailey, S. Arrowsmith) militent pour un critère plus simple.

La nécessité d'un élément de droit public suffisant a été vivement critiquée. Qualifié de « truisme » par Anne Davies, il n'aurait d'autre but que de limiter l'ouverture de la *judicial review*[522]. En effet, comme nous l'avons vu, dans certaines affaires, l'« élément de droit public » découle, non pas tant du contexte législatif de l'affaire, ou du plus ou moins grand intérêt du public dans les faits, mais dans l'argument de légalité soulevé. En cela, si l'élément public est constitué par l'acceptation, de la part des juges, du contrôle des cas d'ouverture de la *judicial review*, cela revient à dire que la *judicial review* est possible... lorsque la *judicial review* est possible. La formule est profondément tautologique.

Pour Sue Arrowsmith, le constat est similaire. Les juges semblent dans certains cas souhaiter admettre la *judicial review.* Mais, confrontés à un contrat, ils en limitent le champ d'application en

520. Voir la présentation faite par Sue Arrowsmith : « Judicial Review and the Contractual Powers of Public Authorities », *LQR* 1990, pp. 277-292.
521. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 839-843.
522. DAVIES (A.), *The Public Law of Government Contracts, op. cit*., p. 158, et plus généralement, voir pp. 157-166 ; BAILEY (S.H.), « Judicial Review of Contracting Decisions », *op. cit.*, p. 445 ; ASPEY (E.), « The search of the true public element : judicial review of procurement decisions », *op. cit*.

rendant nécessaire la présence d'éléments publics supplémentaires[523]. Selon l'auteur, il serait nécessaire de partir de la présomption de soumission des décisions contractuelles à la *judicial review.* Cette présomption resterait cependant réfragable puisque ce recours pourrait être refusé au cas par cas, selon les données de l'affaire[524].

Au-delà de son principe, c'est la méthode de recherche de l'élément de droit public qui est remise en cause. L'approche des juges est qualifiée par Eleanor Aspey de « limitée et complexe »[525]. Il en découle une certaine impunité pour les personnes publiques, qui peuvent alors prendre des décisions illégales sans être censurées. Tel est le cas dans l'affaire *Gamesa*. Le requérant avait invoqué le caractère déraisonnable et injuste de la décision lui refusant de participer à la passation du contrat en cause[526]. Gibbs J. refuse d'accorder la *judicial review* ici au motif que cela constituerait une extension trop importante de ce recours, ce qui ferait poser des contraintes trop fortes sur l'autorité publique[527]. Seuls les cas d'ouverture que nous avons mentionnés plus haut sont ainsi contrôlés par la voie de la *judicial review.* En fermant ainsi les yeux, les juges peuvent potentiellement laisser certains vices non sanctionnés.

Cette méthode et ses conséquences sont d'autant plus dommageables qu'elles ont été étendues à la détermination de la soumission de l'activité au *Human Rights Ac*t. La Chambre des Lords a ainsi décidé qu'un service de maison de soins pour personnes âgées ayant été délégué par un contrat ne pouvait y être soumis[528]. La présence du contrat et la nature privée de l'organisme exerçant effectivement le service ont été considérées comme empêchant son application. Le Parlement a dû intervenir pour mettre fin à cette solution très critiquée[529]. S'ajoute à cela, le problème du temps passé par les juges à répondre à cette question difficile : y a-t-il un élément public suffisant pour justifier la demande de *judicial review* ? D'autant que les réponses apportées n'ont pas toujours de cohérence entre elles[530].

523. ARROWSMITH (S.) « Judicial Review and the Contractual Powers of Public Authorities », *op. cit.*, pp. 281-282.
524. *ibid.*, pp. 290-292.
525. ASPEY (E.), *ibid.*, p. 50. Dans un sens similaire, voir : BAILEY (S.H.), *ibid*.
526. Le contrat concerné la fabrication d'éolienne sur des terrains possédés par le Pays de Galles.
Voir aussi BAILEY, « Judicial review and the tendering process. A note on R. (on the application of Menai Collect Ltd and North West Commercial Services Ltd) v Department of Constitutional Affairs and Swift Credit Services Ltd (Interested Party) and R. (on the application of Gamesa Energy UK Ltd) v National Assembly for Wales », *op. cit.*, pp. 15-18.
527. *R. (on the application of Gamesa Energy UK Ltd) v National Assembly for Wales* [2006] EWHC 2167 notamment [63]-[67] et surtout [79].
528. *YL v. Birmingham City Council and others* [2008] 1 AC 95.
529. *Health and Social Care Act* de 2008. La section 145 (1) qualifie expressément ces organismes privés d' « autorité publique » au sens du *Human Rights Act*.
530. Pour, S. H. Bailey « cela a peu de sens de faire dépendre l'ouverture [de la *judicial review*] de la question de savoir si la décision en cause est une décision de vente ou de refus de vendre un terrain ; ou que l'activité en cause a lieu sur le terrain de l'autorité publique et que celui-ci est accessible au public ; ou si une décision implique une certaine « politique » » (BAILEY (S.H.), « Judicial Review of Contracting Decisions » *op. cit.*, p. 463).

Ces aspects négatifs découlant d'une jurisprudence incertaine poussent les auteurs à trouver des solutions alternatives. Notamment Paul Craig va s'appuyer sur l'affaire *Servite Houses* pour la critiquer et justifier sa proposition[531]. Selon lui, il faut dissocier la qualification de la fonction, sa nature intrinsèque et le moyen de gestion. L'existence d'une loi d'habilitation permettant à l'autorité publique de déléguer contractuellement l'exécution de la fonction en cause devrait suffire, selon son point de vue, à soumettre les décisions du cocontractant à la *judicial review.* La loi d'habilitation constitue un « fondement législatif » bien plus fort à la fonction que dans l'affaire *Datafin*. Pour le même auteur, il faut nécessairement en conclure que la fonction est publique et rejeter l'idée que la contractualisation peut être une barrière en soi à l'application du droit public. Pour faire une analogie avec la France, l'auteur milite pour un arrêt *Époux Bertin* anglais[532].

Anne Davies, quant à elle, réfute la présomption consistant à voir dans le contrat un élément essentiellement de droit privé. Ce point de départ des réflexions judiciaires empêche, ou au mieux limite, l'application du droit public et de son idéologie. Or, « les fonctions du droit public dans le contrôle, l'aide et la responsabilisation de l'action gouvernementale ne perdent pas leur pertinence seulement parce que le gouvernement a choisi un outil de droit privé, le contrat, pour une activité particulière »[533]. On le perçoit, ce qui est attendu c'est un recentrage sur la nature de l'activité en jeu, au détriment des moyens utilisés pour sa réalisation.

Bien évidemment, ces auteurs ne souhaitent pas soumettre tous les contrats auxquels est partie une personne publique à la *judicial review.* Ils militent pour un renversement dans l'appréhension de ce contentieux par les juges. La présence d'un contrat ne devrait plus faire peser une lourde présomption d'exclusion de la *judicial review.* Il serait alors nécessaire de regarder quelle est l'activité en cause, sa nature et le contexte, notamment législatif, dans lequel elle doit être exercée. Sur ce point, les auteurs s'appuient volontiers sur le jugement de Elias J. dans l'affaire *Molinaro*[534]. Dès lors que la fonction est publique, alors le contrat en permettant l'exécution devrait pouvoir être soumis à *judicial review.* Un certain couplage entre l'exclusion au sein des contrats des obligations de droit public et la méthode d'inclusion des organes non créés par la loi est déjà présent. La logique des juges dans l'affaire *Datafin* se retrouve dans la question de la soumission

---

Pour une vision similaire, voir : ARROWSMITH (S.) « Judicial Review and the Contractual Powers of Public Authorities », *op. cit.*, pp. 277-292.

531. CRAIG (P.), « Contracting Out, the Human Rights Act and the Scope of Judicial Review », *op. cit.*
Pour une critique similaire voir : HUNT (M.), « Constitutionalism and the Contractualisation of Government in the United Kingdom », voir pp. 32-33 in *The Province of Administrative Law*, sous la dir. de M. Taggart, *op. cit*.

532. L'arrêt *Époux Bertin* fait des contrats passés dans l'exécution même d'un service public des contrats administratifs : CE, Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, rec. 167 ; GAJA 21e éd., n°67.

533. DAVIES (A.), *The Public Law of Government Contracts, op. cit*., p. 162 ; « Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ? », *RFDA* 2006, pp. 1039-1047.

534. BAILEY (S.H.), « Judicial Review of Contracting Decisons », *op. cit.*, p. 451.

des décisions contractuelles à la *judicial review.* Mais elle est largement courbée et déformée parce que regardée par le prisme déformant du paradigme selon lequel un contrat est par nature de droit privé. La souplesse de la méthode du faisceau d'indices joue contre le recours de *judicial review.* Il est nécessaire que des éléments forts de droit public soient présents pour faire pencher la balance en sa faveur, tant le poids des présupposés attachés à la nature du procédé contractuelle est important. Le changement proposé par la doctrine anglaise conduirait à une extension de ce recours. Cette perspective est tout aussi vivement critiquée par une autre partie de la doctrine qui voit cela d'un regard désapprobateur: elle conduirait à un engorgement des cours, un accroissement de l'insécurité juridique pesant sur les relations contractuelles et des problèmes quant à l'organisation des services[535].

Une certaine confusion ressort de l'étude des contrats soumis à *judicial review.* Les juristes anglais semblent tirailler par plusieurs exigences. Il est évident qu'une partie non-négligeable de la doctrine appelle à la fois à une plus grande cohérence dans la détermination du champ de la *judicial review* et à une extension de celui-ci. Cependant, ce point de vue n'est pas unanime, nous l'avons dit. Le droit public n'est pas encore totalement accepté en ce qui concerne le domaine contractuel. D'ailleurs, si le droit public peut régir la phase de passation du contrat, bien souvent son exécution est soumise au droit privé[536]. La détermination du champ de la *judicial review* a principalement un intérêt pour la phase pré-contractuelle. Des préjugés forts et une histoire marquée par le rejet du droit administratif pèsent indéniablement dans le débat. Il ne faut pas oublier que la question de la soumission des contrats à la *judicial review* est relativement récente. De plus, elle se pose dans un domaine en constante évolution et particulièrement rétif, par principe, au droit public. La jurisprudence a nécessairement besoin de temps pour faire émerger des principes cohérents et stables. Ce travail jurisprudentiel, qui doit s'appuyer sur les recherches doctrinales, ne peut être qu'encouragé. Si la souplesse des qualifications doit être conservée, ce n'est pas au prix d'une instabilité, d'une incohérence et d'un manque de clarté dans la jurisprudence. À ce titre, l'exemple français peut être source d'inspiration pour les juges anglais. Plus que les notions elle-mêmes, c'est la méthode qu'elles illustrent qui est pertinente pour la *judicial review.* Les notions à la base des qualifications des contrats administratifs permettent, tout en conservant une souplesse dans la

535. Pour une liste des critiques les plus communément faites, voir : DAVIES (A.), *ibid.*, pp. 162-164.
Pour le développement d'une telle vision critique, voir : ARONSON (M.), « A Public Lawyer's Responses to Privatisation and Outcoursing », pp. 40-69 in *The Province of Law*, sous la dir. de M. Taggart, *op. cit*.
536. BAILEY (H.S.), « Judicial review and the public procurement regulations », *Public Procurement Law Review*, 2005, pp. 291-312, notamment pp. 295-296 et pp. 305-311 ; CRAIG (P.), et TRYBUS (M.), « Angleterre et Pays de Galles/England and Wales », pp. 339-366 in *Droit comparé des contrats publics*, sous la dir. de R. Noguellou et U. Stelkens, Bruylant, Bruxelles, 2010.

qualification, une cohérence d'ensemble à la matière. Une attention accrue portée soit à la nature de la fonction soit au régime en vertu duquel est passé le contrat semble être une piste intéressante de recherche. En ce sens, les recherches d'Anne Davies et de Paul Craig nous paraissent particulièrement pertinentes.

Les difficultés rencontrées en France et en Angleterre dans la recherche d'un critère pour les recours conduisent à une conclusion similaire, ressortant en filigrane des développements précédents : aucun critère n'existe véritablement. Bien plus, il faut admettre que la démarche des juges est ici avant tout contextuelle et souple. Une telle approche apparaît en fait nécessaire puisqu'elle seule permet d'adapter la compétence des juges aux évolutions de l'action administrative. Il est ainsi impossible de faire ressortir une méthode infaillible ou un critère toujours opératoire ; ce n'est d'ailleurs pas souhaitable. Ce qu'il faut plutôt reconnaître c'est que les juges ont recours à une certaine méthode de détermination, avant tout basée sur un faisceau d'indices.

Section III. Une détermination jurisprudentielle nécessairement casuistique

La conclusion des développements sur le champ des recours est similaire pour la France et l'Angleterre. Aucun critère ne permet de déterminer avec certitude et précisions quelles affaires seront soumises à une procédure juridictionnelle particulière, et lesquelles ne le seront pas. Faut-il y voir un échec de la doctrine dans son travail de systématisation ? Certainement pas. D'autant qu'en Angleterre, aucune réelle entreprise de systématisation n'existe.

Il faut admettre que dans les deux pays, la détermination se fait au cas par cas. La casuistique l'emporte sur la critérisation. Phénomène difficilement admis en France mais pourtant réel (I.), la détermination casuistique est acceptée en Angleterre sans résistance, bien au contraire (II.). Admettre cela, c'est reconnaître une place fondamentale au juge dans la résolution des questions de détermination des champs des recours, mais plus largement dans le contentieux administratif (III.).

Avant de commencer notre propos, une précision est nécessaire : qu'entendons-nous par casuistique ? Les origines de ce terme sont à chercher en théologie. Il recouvre alors la « partie de la morale et de la théologie, qui traite des cas de conscience »[537]. La casuistique renvoie alors à une « morale relâchée », s'opposant à une « morale sévère », car elle accepte de transiger avec les grands principes moraux dans les cas difficiles afin de les résoudre[538].

La casuistique a rapport au cas. Le terme « cas », provenant du latin *casus*, signifiant « accidentel », renvoie à l'idée que « ce qui est casuel n'est pas constant »[539]. La casuistique est ce qui permet de mettre en évidence la relativité dans l'application de la règle générale. En effet, « la règle morale, comme la règle de droit, est générale, et l'on répète volontiers qu'une règle de comportement ne saurait tout prévoir ; il arrive que sa généralité rende son application manifestement inadaptée au cas qui se présente, bien qu'il entre dans son champ d'application »[540]. Le but de la casuistique est le suivant : il s'agit « d'affiner les qualifications »[541]. Elle est donc la méthode par laquelle le juge va préciser une règle générale lors de son application à une série de cas. Elle constitue ainsi un « effort de prédéfinition des cas sous forme d'hypothèses », une étape

537. *Grand Larousse Universel*, *op. cit.*, p. 1859. Voir aussi *Dictionnaire culturel en langue française*, sous la dir. d'Alain Rey, *op. cit*., p. 1304.
538. *idem*.
539. « Casuistique » in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. D. Alland et S. Rials, PUF, Paris, 2003, pp. 169-172, p. 169.
540. i*dem*.
541. *idem*.

intermédiaire entre la règle de droit et l'affaire en cause[542]. En cela, elle permet de « préciser de manière concrète les conditions d'application de la règle de droit »[543]. Elle conduit à la catégorisation des affaires dans le but de faciliter l'application de la règle générale de droit.

De cela il ressort que la casuistique a pour objet d'affiner les principes en les confrontant aux cas, aux faits, au concret. Sans s'opposer aux généralités, elle les concrétise par souci d'exactitude et de prise en compte des différentes situations.

Dès lors, aucune solution n'est prédéterminée. Cela ne signifie pas qu'il n'existe aucune constante et que la solution d'un jour peut être différente de celle du lendemain. La casuistique ne signifie pas l'insécurité juridique. Dire que les juges décident au cas par cas, cela signifie qu'ils apprécient les faits selon les espèces et prennent en compte les éléments de chaque affaire. Ces éléments sont nécessairement particuliers pour chacune d'elle. Les juges se déterminent en grande partie en fonction d'eux. Même les solutions les mieux ancrées dans un système doivent être réévaluées pour être « mise à jour » par les juges. La solution adoptée *in fine* n'en sera peut-être pas différente. Mais elle sera conforme au contexte sociétal du moment. C'est, nous semble-t-il, une position commune aux juges français et anglais. Ainsi, la casuistique ne signifie pas donner une solution différente dans chaque affaire, mais donner une solution adaptée aux faits de l'espèce. Rien n'interdit de rendre une décision similaire sur deux affaires similaires. En cela la sécurité juridique n'est pas atteinte dans son essence. La stabilité des décisions demeure.

I. Une acceptation implicite de la détermination casuistique en France

La doctrine a joué un grand rôle dans la tentative de systématisation du critère de compétence du juge administratif. Au travers des Écoles du Service Public et de la Puissance Publique, elle a tenté d'apporter sa pierre à l'édifice. Il n'est pas ici question de nier son impact. Pour ne prendre que cet exemple, la doctrine du Service Public a été un soutien à l'unification jurisprudentielle du contentieux de l'État et des collectivités territoriales. Mais elle a aussi considérablement obscurci la réalité des solutions jurisprudentielles en courbant leur portée afin de les faire entrer dans des catégories prédéfinies. Si un tel travail d'unification des solutions, sous l'égide de notions clés, a des vertus simplificatrices, pédagogiques et de compréhension indéniables, il ne peut être tenu comme l'exact reflet de la réalité. Le travail doctrinal, en ce sens, a plus le rôle

542. *ibid*, p. 170.
543. *ibid*, p. 171.

de prisme déformant que de photographie. Dans tous les cas, quand bien même un courant doctrinal parviendrait à réunir sous une notion clé l'ensemble de la jurisprudence touchant au critère de la juridiction administrative, elle ne constituerait que l'image d'un moment. Elle capturerait une image unique d'un mouvement qui en comporte une multitude.

L'acceptation en doctrine de la méthode casuistique est difficile, et cela, pour une raison simple. Admettre la définition casuistique du champ des recours c'est reconnaître que la doctrine ne peut aller au-delà d'un travail d'énumération des affaires pertinentes. Aucune plus-value ne peut être utilement apportée. Le travail d'explication théorique, cœur du travail doctrinal, serait sans fondement. Ce n'est donc qu'implicitement que la doctrine reconnaît l'existence d'une détermination casuistique (A.). Pourtant, l'étude de la jurisprudence révèle clairement l'usage de la casuistique. Deux notions seront prises en exemple : d'une part, la notion de « service public » (B.) et, d'autre part, celle de « contrat administratif » (C.). Précisons que si le recours pour excès de pouvoir ne trouve pas à s'appliquer en principe dans le domaine des contrats administratifs, l'exemple sera toutefois retenu pour sa valeur explicative générale.

A. Une acceptation implicite de la part de la doctrine

Il faut admettre que la détermination du critère de compétence du juge administratif relève, à défaut de textes législatifs ou constitutionnels précis, et opératoires de la casuistique. Déjà, il faut reconnaître que la recherche même de critères révèle, sémantiquement, qu'une part d'indétermination existe. Dès lors, parler de critères précis ou opératoires relève de l'oxymore (1.). Or sur le plan doctrinal, cette question semble de plus en plus s'aborder sous l'angle de la multiplicité des critères. Ce constat suffit à démontrer que toute recherche d'une approche précise et infaillible relève de la gageure tant la question est dominée par une forte dimension contextualiste (2.).

1. Les limites de la notion de « critère »

La question de la pertinence de l'emploi de la notion de « critère » au pluriel se pose. Le terme provient du grec *kritêrion* signifiant « juger »[544]. On retrouve aussi, en latin, le terme de

544. *Dictionnaire « Le Petit Larousse illustré 2013 »*, éd. Larousse, Paris, 2012, p. 291.

criterium renvoyant au « jugement »[545]. Dans le langage commun, il se définit comme ce qui « permet de distinguer une chose d'une autre, d'émettre un jugement, une estimation »[546], ou encore ce qui « permet de distinguer le vrai du faux, de juger, d'estimer, de définir quelque chose »[547]. Le critère est ainsi alternativement un « caractère, signe, trait pertinent » qui permet soit « de distinguer une chose une notion » soit « de porter sur un objet un jugement »[548]. Il est « ce qui sert de base à un jugement »[549].

Sémantiquement, l'emploi du terme « critère » est révélateur. Il n'a pas pour but premier de définir avec précision une notion. Il reflète simplement ses caractéristiques propres en vue de la distinguer d'autres notions, cette distinction impliquant nécessairement un jugement. N'est-ce pas, dès lors, un oxymore que de vouloir *déterminer les critères* de compétence du juge ? Si le critère, par définition, comporte une dose d'imprécision, rendant nécessaire un jugement, peut-il fonder la détermination de la compétence du juge de façon certaine ? La réponse est évidemment non. Une telle approche doit donc être abandonnée. Son utilité pédagogique est indéniable. Sa vocation simplificatrice légitime. Mais elle ne rend pas compte de la complexité de l'état des solutions actuelles. Pour autant, c'est dans cette voie tortueuse que s'est engagée la doctrine contemporaine.

2. Les limites doctrinales dans la recherche d'un critère de détermination

De plus en plus, la dichotomie entre les différents critères mis en évidence tend à s'estomper au profit de leur mise en relation. Une telle démarche révèle la complexité de recherche d'une réponse se voulant suffisamment opératoire pour jouer de façon abstraite et en amont des problèmes soulevés. Le fait que la doctrine ne recherche plus *le* critère de compétence du juge administratif en est une illustration. Si une telle question est abordée, c'est dans une dimension prospective plus que descriptive[550]. Pour autant, la recherche *des* critères n'est pas abandonnée. La distinction entre la compétence du juge judiciaire et du juge administratif reposerait « sur une combinaison de critères »[551].

545. *Dictionnaire culturel en langue française*, sous. la dir. de Alain Rey, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2005, 4 volumes, p. 2006.
546. *idem*.
547. *Grand Larousse Universel*, t. IV, Larousse, Paris, 1997, p. 2782.
548. *Dictionnaire culturel en langue française*, sous la dir. de Alain Rey, *ibid*.
549. *idem*.
550. C'est en ce sens que René Chapus proposait de faire du droit administratif, le droit du service public, et le contentieux administratif celui de la puissance publique, notamment : CHAPUS (R.), « Le service public et la puissance publique », *RDP* 1968, pp. 235-282.
551. SEILLER (B.), « Les juges de l'administration », voir p. 464 in *Traité de droit administratif*, t. II., sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.

Dans sa thèse concernant l'intérêt général, Véronique Coq aborde la question de la place de l'intérêt général dans la qualification de notions importantes du droit administratif[552]. Elle relève en premier lieu une distinction entre « critère » et « indice ». En somme, le premier serait un élément nécessaire de la qualification. Le second ne serait ni nécessaire ni même suffisant. Dès lors, l'auteur présente et étudie l'intérêt général comme étant un critère du « domaine public », du « travail public » ou encore du service public ». Plus loin revenant sur l'identification des services publics, elle précise néanmoins qu'en l'absence de qualification par le législateur, « le juge, à partir d'un faisceau d'indices bien connu, pourra alors déterminer si une personne publique a entendu faire d'une activité d'intérêt général qu'elle organise ou contrôle un service public »[553]. L'intérêt général serait donc le seul critère réel. Les autres éléments pris en compte par le juge n'étant que des indices.

Or, mais nous y reviendrons par la suite, l'intérêt général est une notion au contenu indéterminé. Véronique Coq le met en évidence dans sa thèse[554]. Cela a des conséquences sur l'office du juge se trouvant en face d'une question de qualification. En effet, « lorsqu'il est confronté à la notion d'intérêt général, le juge dispose toujours d'une certaine marge de manœuvre. Il peut d'ailleurs faire évoluer sa jurisprudence dans la reconnaissance de l'intérêt général nécessaire à la qualification d'un service public »[555]. Il nous paraît contradictoire de continuer de qualifier dans ce cas l'intérêt général de critère. Son contenu est indéterminé et soumis, au moins en partie, à l'appréciation du juge. À l'instar des propos de Didier Truchet concernant l'expression « service public », on peut voir dans l'intérêt général un simple « label »[556]. En ce sens, il ne peut remplir le rôle d'un critère utile. Que sa présence soit indispensable, cela est indéniable. Mais l'intérêt général est plutôt une étiquette apposée sur des considérations politico-juridiques[557]. Il reflète la réunion de différents éléments justifiant son apposition. C'est en cela qu'il constitue un indice. Plus précisément, il reflète la réunion de différents indices. En cela, son rôle est similaire à celui du « critère » du contrôle par la personne publique aux termes de l'arrêt *APREI*.

Dans l'article qu'il a rédigé dans une récente œuvre de systématisation du droit administratif, Bertrand Seiller, s'intéresse aux cas de compétence du juge administratif et du juge judiciaire. Avant même d'entreprendre cette catégorisation, le professeur Seiller précise que « sans prétendre à

552. COQ (V.), *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, thèse, L'Harmattan, Paris, 2015, 659 pages, pp. 111-123.
553. *ibid*., p. 225.
554. *ibid*., pp. 51-172.
555. *ibid*., p. 225.
556. TRUCHET (D.), « Label de service public et statut du service public », *AJDA* 1982, pp. 427-439.
557. Sur cette double qualité de l'intérêt général, voir aussi la thèse de Véronique Coq, précitée.

l'exhaustivité, une présentation relativement simple et synthétique » de la situation peut être opérée[558]. Il distingue alors trois situations différentes quant à la compétence des juges : le « contentieux des actes », le « contentieux des services publics » et les « contentieux réservés au juge judiciaire ».

Quelques éléments de forme nous paraissent ici critiquables. Une première remarque peut être faite ici. Le découpage retenu n'apparaît pas des plus judicieux. En effet, les deux premiers développements s'intéressent à des contentieux en particulier tandis que la troisième se concentre sur la compétence particulière du juge judiciaire. De plus, selon la présentation retenue, si le juge judiciaire détient des « contentieux réservés », tel ne semble pas être le cas du juge administratif. Or, le professeur Seiller aborde en fait dans ce troisième développement les domaines attribués au juge judiciaire en vertu de la séparation des autorités administrative et judiciaire. À ce titre, la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 est souvent citée[559]. Cependant, comme nous l'avons vu précédemment, cette décision fonde aussi, et par voie de conséquence logique, une compétence protégée pour le juge administratif[560]. Le professeur Seiller l'utilise d'ailleurs aussi dans son exposé sur la compétence du juge administratif concernant les actes administratifs. Dès lors, le choix du découpage laisse perplexe. Les domaines protégés du juge administratif et du juge judiciaire, se fondant pourtant sur le même principe et, en grande partie sur la même décision, ne sont pas traités sur un pied d'égalité. Enfin, une troisième remarque peut être ajoutée. La distinction entre « contentieux des actes » et « contentieux des services publics » parait elle aussi assez peu claire. Des ses premiers propos sur le « contentieux des actes », le professeur Seiller relève que « la très ancienne association, en France, de personnes privées à l'exécution de tâches administratives et particulièrement de missions de service public a, quant à elle, incité à les doter de prérogatives identiques et notamment du pouvoir d'édicter des actes administratifs »[561]. Dès lors, il est admis que des actes administratifs sont pris dans le cadre des services publics, bien qu'ils ne soient pas gérés exclusivement par des personnes publiques. La distinction, dans la présentation de l'auteur, entre actes administratifs et service public n'est donc pas aussi stricte qu'il pourrait y paraître. Elle suit principalement la distinction entre puissance publique et service public. Or, la première catégorie servant dans le cadre de la seconde, les empiétements sont inévitables. De tels recoupements obscurcissent les éléments présentés au fond.

Sur le fond, certains aspects méritent aussi une certaine attention. Il faut préciser le champ

558. SEILLER (B.), « Les juges de l'administration », voir pp. 468-480 in *Traité de droit administratif*, t. II, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.
559. CC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, rec. 8 ; GDCC 18e éd., n°6.
560. Voir l'introduction : I, B, 2, a.
561. *idem*, p. 468.

de la critique ici. Il n'est pas question de remettre en cause l'exposé au fond du professeur Seiller. Plutôt, ici, ce qui apparaît en filigrane c'est l'impossibilité admise à demi-mot par l'auteur, de parvenir à une catégorisation des solutions. Nous avons déjà cité les propos introduisant la présentation retenue. Le but n'était pas de « prétendre à l'exhaustivité ». Cela constitue un premier aveu d'impuissance. Des propos similaires se retrouvent au fil des développements. Par exemple, la présentation du « contentieux des actes administratifs » commence ainsi : « le juge administratif jouit d'une compétence *essentielle* à leur égard qui n'interdit cependant pas que son homologue judiciaire dispose de compétences *concurrentes*, voire *exclusives*. Certaines se rapportent au contentieux des services publics ou aux contentieux réservés à l'autorité judiciaire et seront donc examinées ultérieurement. D'autres doivent l'être d'emblée parce que, d'origine législative, elles *perturbent* véritablement le jeu du principe de séparation des autorités »[562].

Ces trois phrases reflètent toute la difficulté d'arriver à une catégorisation dans le domaine de la répartition des compétences entre les ordres juridictionnels. La deuxième phrase de la citation illustre l'un des points développés plus haut : le découpage retenu dans l'article n'est ni étanche ni clair. La première phrase met en évidence l'impossibilité de déterminer un domaine entier dans lequel le juge administratif serait seul compétent. Concernant le contentieux des actes administratifs, le professeur Seiller reconnaît qu'il est « essentiellement » compétent. Mais il est concurrencé par le juge judiciaire. Un peu plus loin l'auteur qualifie les exceptions à la compétence du juge administratif dans ce domaine de « remarquables »[563]. Enfin, la troisième phrase reflète l'imbroglio que peut provoquer le législateur. Ses interventions « perturbent » la répartition des compétences que le principe de séparation des autorités commande. Au flou ambiant se rajoute la confusion apportée par le législateur. Dans un esprit similaire, l'introduction concernant le développement sur le « contentieux des services publics » se termine par ses deux phrases : « la combinaison du critère organique et du critère matériel, lui-même dédoublé, vaut à la frontière entre les deux ordres de juridiction un tracé *tourmenté*. Sa présentation, ordonnée par l'analyse organique, doit privilégier la question du juge compétent pour les litiges nés de la gestion matérielle des services publics mais sans négliger le fait que celle-ci est *émaillée* de nombreux actes »[564]. On retrouve dans la seconde phrase le problème du recoupement actes – services. La première est un aveu de la difficulté, si ce n'est l'impossibilité, qu'il y a à tracer une démarcation claire entre la compétence du juge administratif et la compétence du juge judiciaire.

Il est de plus en plus admis que la compréhension des solutions jurisprudentielles passe, non

562. *idem*, p. 469 (C'est nous qui soulignons).
563. *idem*, p. 470.
564. *idem*., p. 471.

pas par une systématisation globale, mais par des catégorisations des relations pouvant faire naître un contentieux. C'est cela que l'on retrouve chez Bertrand Seiller. Sont distingués les cas dans lesquels sont en cause des services publics gérés par des personnes privées, des cas impliquant des services publics gérés par des personnes publiques. Dans ce second cas, une autre distinction apparaît entre service public administratif et service public industriel et commercial. Enfin, l'auteur énumère les solutions existant dans les relations les plus compliquées c'est-à-dire dans le cadre d'un service public industriel et commercial géré par une personne publique. Dans ce cas en effet, « le jeu contradictoire des critères organique et matériel aboutit à un partage complexe de la compétence »[565].

Une telle approche existait déjà auparavant. Dans son manuel, René Chapus distingue entre le contentieux contractuel, le contentieux extra-contractuel des services publics gérés par une personne publique et les autres contentieux extra-contractuels intéressant l'administration[566]. Sous chaque catégorie, il expose les diverses solutions et éléments pris en compte par le juge. Là encore, la situation la plus problématique est celle des services publics industriels et commerciaux gérés par les personnes publiques. Et, comme l'a fait Bertrand Seiller, René Chapus distingue les cas des relations avec les agents, les tiers et les usagers[567]. Une telle approche, qualifiée d'analytique, semble aujourd'hui communément admise[568].

Dès lors, implicitement, ce n'est plus à travers des critères que la doctrine rend compte des solutions du droit positif, mais par type de relations avant tout. Les critères matériels et organiques se combinent dans les développements doctrinaux. Pour autant, telles des équations, ces relations comportent des inconnues qu'il est nécessaire de déterminer avant de « trouver » la bonne solution. Ces inconnues, ce sont *les* notions clés encore utilisées. Il est alors nécessaire d'admettre qu' « en l'absence de critère incontesté et parfaitement valable, il existe des solutions aux difficultés de compétence qui sont découvertes au fil des espèces par les juridictions »[569]. C'est cette approche casuistique qu'il est nécessaire de mettre en évidence. Elle est fondamentale. En 1862 déjà, Rodolphe Dareste pouvait affirmer, concernant la définition des compétences qu' « il n'y a rien de plus ingénieux que les combinaisons et les distinctions imaginées à cet effet par la jurisprudence,

565. *idem*, p. 472.
566. CHAPUS (R.), *Droit administratif*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, pp. 831-851.
567. SEILLER (B.),« Les juges de l'administration », voir pp. 471-474 in *Traité de droit administratif*, t. II., sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.
568. DEBBASCH (C.) et COLIN (F.), *Droit administratif*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 293-297 ; FRIER (P.-L) et PETIT (J.), *Droit administratif*, 10e éd., *op. cit.*, pp. 470-473 ; WALINE (J.), *Droit administratif*, 26e éd., *op. cit.*, pp. 619-635 (l'auteur y distingue 8 situations différentes).
569. *Répertoire du contentieux administratif*, « Compétence administrative (Répartition des compétences entre le judiciaire et l'administratif) », Jacques Moreau avec collaboration de Pierre Moreau et Bernard Cazin, point 85.

mais elles varient suivant les cas, et ne peuvent être ramenées à une formule générale »[570]. Cependant, il est possible de regretter, avec Jérémie Van Meerbeeck, que la « casuistique » fasse l'objet, dans les pays continentaux, d'une si faible considération[571].

Le constat est peu ou proue le même que celui dressé dans le cadre de la *judicial review* : le caractère complexe de la détermination conduit à une représentation impressionniste des solutions, qui deviennent alors difficiles à systématiser. En France, plusieurs critères sont utiles pour déterminer la compétence du juge. Ce sont des mots ou groupes de mots : personne publique, personne privée, service public, service public administratif, service public industriel et commercial, puissance publique, contrat administratif, travaux publics, domaine public, domaine privé... La jurisprudence les utilise. La doctrine les reprend pour expliciter les solutions jurisprudentielles. Mais ces notions constituent en fait autant d'inconnues dans l'équation complexe permettant de déterminer le juge compétent. C'est le sens donné à ces inconnues qui a donné lieu aux querelles d'école. Sur ce point, nous rejoignons les conclusions de Jacques Moreau lorsqu'il affirme que « les auteurs sont conduits à des conclusions opposées, sinon contradictoires. Mieux ou pire encore, la même phrase du même arrêt fait l'objet tantôt d'une lecture littérale où seuls comptent les mots présents, tantôt d'une interprétation plus libre qui traduit même les silences et les omissions »[572]. Le sens ouvert des expressions a permis aux auteurs, et à leurs écoles, de donner *leur* définition, selon *leurs* buts.

Aucune des notions ici listées n'a échappé à une évolution définitoire. Cela rend une catégorisation sur leur fondement très imprécise et aléatoire. Prenons quelques exemples.

B. La casuistique dans la définition des services publics

Le pluriel est ici de mise. Au-delà de la notion de « service public », c'est dans la qualification des différents services publics que la casuistique fait son œuvre. Il est dès lors nécessaire de rappeler que le service public n'a pas de définition stable et claire (1.). Bien plus, accroissant sa relativité intrinsèque, la notion de « service public » se subdivise en deux sous-

570. DARESTE (R.), *La Justice Administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration,* éd. La Mémoire du Droit, Paris, 2012, ré-impression de l'édition de 1862, 688 pages, p. 206.
571. VAN MEERBEECK (J.), « Introduction : La Balance entre Dieu et la créature », *RIEJ* 2014, pp. 75-76, p. 75.
Voir aussi : FORRAY (V.), « La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes », *RDT Civ,* 2009, pp. 463-480.
572. *Répertoire du contentieux administratif*, « Compétence administrative (Répartition des compétences entre le judiciaire et l'administratif) », Jacques Moreau avec collaboration de Pierre Moreau et Bernard Cazin, point 75.

notions, les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux. La distinction entre ces deux types d'activité est tout aussi relative (2.), complexifiant de façon exponentielle une équation aux nombreuses inconnues (3.).

1. La définition casuistique de la notion de « service public »

La définition du service public est largement relative, du fait de l'utilisation de la méthode dite du faisceau d'indices[573]. Cette dernière met en évidence la nature essentiellement casuistique de la qualification d'une activité en service public. Le juge décide des éléments pris en compte et du poids à leur accorder. À ce titre, le contexte de l'affaire influe nécessairement sur la solution du juge[574]. Ainsi, « lorsqu'il s'agit de reconnaître aux administrés le droit, consacré par la loi n°78-753 du 17 juillet 1978, à la communication des documents administratifs détenus par les personnes privées chargées d'une mission de service public, le juge admet relativement aisément l'existence d'un tel service. En revanche, il montre plus de réticence quand se pose la question de savoir si une personne privée, occupant un domaine public, est ou non chargée, par l'administration, d'une mission de service public »[575].

C'est cette relativité dans la détermination de la présence d'un service public qui a fait dire à Didier Truchet que cette notion était utilisée par le juge comme un « label »[576]. Variant selon les contextes, la notion de service public n'a pas de définition définitive. Il apparaît « de plus en plus clair que le droit public ne pratique pas *une*, mais *plusieurs* notions du service public ; la signification du mot varie selon les circonstances de son emploi : il est devenu un *label* »[577]. La qualification d'une activité comme étant un service public varie notamment « selon que la politique jurisprudentielle et l'encombrement de son rôle incitent le Conseil d'État à ouvrir plus ou moins largement le prétoire »[578]. La conclusion de Didier Truchet est sans appel, « le service public n'est

573. Voir *supra* : Section II, II, A, 1, d.
574. CHENOT (B.), « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE* 1950, pp. 77-83, p. 78.
575. FOULQUIER (N.), « Le service public », pp. 45-111, p. 54 in *Traité de droit administratif*, t. II, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.
576. TRUCHET (D.), « Label de service public et statut du service public » *AJDA* 1982, pp. 427-439.
Voir aussi : NIZARD (L.), « A propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner », *Dalloz* 1964, pp. 147-154.
577. *idem*, p. 428. Sur la variation des termes juridiques selon leur contexte, voir : MERMIN (S.), « Functionalism, Definition, and The Problem of Contextual Ambiguity », pp. 319-327 in *Le raisonnement juridique*, sous la dir de Hubert Hubien, Bruylant, Bruxelles, 1997.
578. *ibid*, p. 429.

pas une notion, et c'est pourquoi il échappe à toute définition précise ; c'est un label »[579].

Cette conclusion est partagée par Norbert Foulquier[580]. Selon lui, comme les autres notions juridiques, le service public est avant tout un label. Ce qui est intéressant, c'est que pour Norbert Foulquier, refuser cette évidence, « c'est se persuader que les notions juridiques renferment une essence et c'est, *in fine*, méconnaître le volontarisme politique qui anime le droit : volontarisme qui explique les fluctuations du juge d'une affaire à l'autre lorsqu'il cherche à identifier les services publics »[581]. L'auteur fait alors référence à la position tant décriée de Bernard Chenot sur le rapport entre l'existentialisme et le droit[582]. Selon nous, et comme le relève Norbert Foulquier, une telle vision permet de poser « la véritable question », c'est-à-dire celle « sur les raisons de la plus ou moins grande sévérité dont fait preuve le juge dans l'identification des services publics »[583]. Il n'est alors plus question de savoir quelles activités sont des services publics, question dont la réponse est nécessairement contingente et varie avec les époques : « une définition simple et incontestable du service public » paraît difficile[584]. Désormais, la question est de savoir pourquoi, et comment une activité est qualifiée de service public. Ce sont ces questions qui guident réellement la détermination de l'essence de la notion de « service public ».

2. La casuistique dans la distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial

Une fois déterminée la présence d'un service public, la recherche peut ne pas s'arrêter là. Le service public ne suffit pas toujours à définir les cas de compétence du juge administratif. Il peut suffire, par exemple, pour les actes unilatéraux d'organisation du service[585] ou encore lorsque l'activité de service public fait l'objet d'un contrat en permettant l'exécution directe[586]. Hormis ces

579. *ibid*, p. 433.
580. FOULQUIER (N.), *ibid*., pp. 45-111.
581. *ibid*, pp. 63-64.
582. Position développée par celui qui fut Commissaire du gouvernement, ministre et vice-Président du Conseil d'État dans deux articles : CHENOT (B.), « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE* 1950, pp. 77-83 ; « L'existentialisme et le Droit », *RDP* 1953, pp. 57-68.
583. *ibid*, p. 64.
584. LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), BOITEAU (C.) et DEFFIGIER (C.), *Droit des services publics*, 2e éd., Lexis Nexis, Paris, 2015, 759 pages, p. 13.
585. TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c. Époux Barbier*, rec. 789 ; GAJA 21e éd., n°78 : cela même lorsque l'acte est pris par une personne privée gérant un service public industriel et commercial.
586. Voir *infra* : Partie I, Titre I, Chapitre I, Section III, C, 1.
Voir cependant : TC, 15 décembre 2008, *Voisin c. RATP* et *Kim c. Établissement français du sang*, rec. 563 (deux décisions). Au terme de ces deux affaires, les conventions collectives passées au sein des établissements publics industriels et commerciaux relèvent par principe du juge judiciaire « hormis le cas où la contestation concerne des dispositions qui n'ont pas pour objet la détermination des conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que des garanties sociales des personnels des entreprises et établissements publics visés par ces textes mais qui

cas, le juge doit plonger plus loin dans l'étude de l'affaire pour déterminer le juge compétent. De là découle la distinction entre les services publics administratifs et les services industriels et commerciaux. Bien qu'ancienne, cette dichotomie au sein des services publics n'en reste pas moins encore aujourd'hui difficile à saisir.

Dans un premier temps, au terme de l'arrêt *USIA*, le service public industriel et commercial est défini par la réunion cumulative de trois critères (objet privé, financement privé et mode de gestion privée)[587]. La jurisprudence est de nos jours plus instable.

D'une part, les critères utilisés sont en eux-mêmes imprécis et recoupent parfois ceux utilisés pour définir un service public. L'objet du service est un élément flou puisqu'il renvoie à l'idée qu'est industriel et commercial le service public dont l'activité pourrait être assurée par le secteur privé. La réponse à cette question est nécessairement subjective et dépend de la conception que chacun a du champ d'intervention publique. En cela, c'est une question bien plus de nature politique, que juridique. Quant aux critères du financement et du mode de gestion, leur détermination intervient par le biais du faisceau d'indices[588]. Les critères se recoupent dans la mesure où l'utilisation de prérogatives de puissance publique illustre une gestion différente de la gestion privée et milite ainsi dans le sens de la qualification du service public en service administratif.

D'autre part, le caractère cumulatif des trois critères permettant de considérer un service public comme industriel et commercial a été remis en cause dans certains cas. En effet, en principe, les juges prennent comme idée de départ la présomption de caractère administratif du service public. Si l'un des critères fait défaut, alors le service public est qualifié d'administratif. Or, tel n'est pas toujours le cas. L'exemple du service public de distribution de l'eau est éclairant. Aux termes de la jurisprudence *Alberti-Scott*, le Tribunal des conflits affirme que « le service public de distribution de l'eau est en principe, de par son objet, un service public industriel et commercial »[589]. La présomption, pour ces services, était donc renversée : ils sont présumés industriels et commerciaux. Le Tribunal des conflits laisse une possibilité de renverser cette présomption si, et seulement si, le coût du service « ne fait l'objet d'aucune facturation périodique de l'usager ». Cette réserve permet de maintenir « le principe de l'incompatibilité entre gratuité totale et caractère industriel et commercial d'un service public »[590]. Quant au troisième critère, il brille par son absence. Bien que

régissent l'organisation du service public ».
587. CE, Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, rec. 434, *Sirey* 1957, pp. 38-40 (ccl. Laurent). Pour une étude de ces trois critères voir : FOULQUIER (N.), « Le service public », voir pp. 67-69 in *Traité de droit administratif*, t. II, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.
588. *ibid*, pp. 68-69.
589. TC, 21 mars 2005, *Mme. Alberti-Scott*, rec. 651 ; *RFDA* 2006, pp. 119-125 (obs. Lachaume).
590. Observations Lachaume, *RFDA* 2006, p. 121.

n'ayant plus aujourd'hui d'intérêt pour les services publics de distribution de l'eau[591], cette jurisprudence *Alberti-Scott* reflète la relativité de l'utilisation des critères dans la détermination de la nature d'un service public. Ceux-ci sont avant tout des outils maniés par les juges. En aucun cas il n'est possible de les considérer comme des éléments objectifs. Ce sont des notions subjectives, reflétant le pouvoir discrétionnaire détenu par les juges.

Cette remise en cause du caractère cumulatif des critères de l'arrêt *USIA* est à tempérer cependant. Les conclusions rendues par le commissaire du Gouvernement Laurent sur cette affaire rendent compte de l'utilisation du faisceau d'indices, et non d'une nécessité de cumul des critères. Terminant son raisonnement, le commissaire du Gouvernement pensait « pouvoir dire que *les caractères dominants* de l'activité, de l'organisation et du fonctionnement de l'organisme en cause ne font pas de lui un établissement public industriel ou commercial »[592]. L'expression de « caractères dominants », soulignée par l'auteur, est une référence implicite à la méthode du faisceau d'indices. Aucun critère ou caractère n'est déterminant ou nécessaire seul. Il faut avoir une approche globale, une approche qui mène nécessairement « sur la voie d'une analyse objective de chaque activité déterminée de la puissance publique »[593]. La qualification dépend de chaque activité et du contexte qui l'entoure.

3. Les différentes inconnues dans l'équation, exprimant chacune la casuistique du juge

La formule conduisant à déterminer à coup sûr la compétence du juge administratif se complexifie encore par la suite. La distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial n'est pas toujours pleinement opératoire pour déterminer le juge compétent. Un ensemble de questions reste encore à résoudre[594]. À ce stade, le critère organique refait son apparition : le service est-il géré par une personne publique ou une personne privée ? Il faut ensuite déterminer la qualité de l'individu partie au litige. Il peut avoir trois statuts différents : tiers, usager ou agent. Enfin, il est nécessaire de savoir quel acte est en cause, et quel reproche lui est fait. Soit le litige a pour origine une décision, soit un comportement ou encore un contrat. Il peut être reproché un dommage ou l'illégalité de l'acte par exemple. La réponse à la question de savoir quel est le juge

591. Le législateur est venu, par la loi du 30 décembre 2006, qualifier le service public de distribution de l'eau d'industriel et commercial. Cette disposition est codifiée à l'article L. 2224-1 du Code Général des Collectivités Territoriales.
592. *Sirey* 1957, p. 40 (C'est l'auteur qui souligne).
593. *ibid*, p. 39.
594. SEILLER (B.), « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *AJDA* 2005, pp. 417-422, p. 419.

compétent passe par la détermination de ces différents éléments. Cependant, ceux-ci introduisent autant de situations rendant impossible toute systématisation. Prenons des exemples.

Commençons par les situations les plus simples. Si est en cause un *acte administratif unilatéral* pris par l'autorité gérant un *service public*, il relèvera du *juge administratif*, que cette autorité soit publique ou privée[595]. Ici le critère organique n'a pas d'importance.

De même, lorsque les critères organique et matériel sont concordants, les solutions sont relativement simples. Un *service public administratif* géré par une *personne publique* se verra soumis à la compétence du *juge administratif*. Cette unité de compétence vaut tant pour les relations avec les *agents*[596], qu'avec les *tiers*[597] ou les *usagers*[598].

À l'autre bout du spectre, un *service public industriel et commercial* géré par une *personne privée* sera soumis, *en grande partie au juge judiciaire.* Nous avons vu *l'exception des actes d'organisation* qui relèvent toujours du *juge administratif.* De même, pour les *dommages de travaux publics*, leur connaissance relève du juge administratif[599]. Cette seconde exception a elle-même une limite permettant le *retour de la compétence du juge judiciaire* : il s'agit du cas du *dommage causé à un usager*[600]. Il semble qu'il faille expliquer la compétence judiciaire concernant les usagers par la volonté des juges de regrouper sous l'égide d'une même autorité juridictionnelle tous les pans de la relation usager – service public industriel et commercial géré par une personne privée[601].

La recherche est plus problématique lorsque les critères sont discordants.

Prenons le cas d'une *personne privée* qui gère un *service public administratif.* Elle sera surtout soumise au *juge administratif*. Tel est le cas pour les *dommages de travaux publics*[602] ou les *dommages causés par l'utilisation d'une prérogative de puissance publique*[603]. Il en va de même pour la relation du service avec les *usagers*[604].

En revanche, *concernant les agents*, le critère organique faisant défaut, il s'agira de contrats de droit privé, soumis au *juge judiciaire*[605].

595. CE, Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, rec. 239 ; GAJA 21e éd., n°49.
596. TC, 25 mars 1996, *Berkani*, rec. 535.
597. TC, 15 novembre 1999, *Comité d'expansion de la Dordogne*, n°99-03153, *AJDA* 1999, p. 992, chron. Flombeur et Guyomar.
598. CE, 21 déc 2001, *Perbal*, rec. 666.
599. CE, 25 avril 1958, *Dame veuve Barbaza*, rec. 228.
600. TC, 10 octobre 1966, *Dame Veuve Canasse*, rec. 834. Encore que la distinction entre tiers et usager ne vaille pas pour les dommages permanents de travaux publics : voir les observations d'Olivier Frérot sous CE, 16 juin 2008, *Sté Le Gourmandin, Sté La Taverne de la Marine*, n°297476 (*RDI*, 2008, p. 445).
601. SEILLER (B.), « Les juges de l'administration », voir p. 471 in *Traité de droit administratif*, t. II, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.
602. TC, 24 février 2003, *Mme Viviande-Lejeune*, n°3336.
603. CE, 23 mars 1983, *Société Bureau Véritas*, rec. 133.
604. CE, 2 octobre 1985, *Jeissou*, rec. t. 544.
605. TC, 25 mars 1996, *Berkani*, rec. 535.

Les distinctions deviennent encore plus subtiles quand une *personne publique* gère un *service public industriel et commercial*. Nous l'avons vu, il existe en principe un bloc de compétence au profit du *juge judiciaire* lorsqu'est en cause la relation du service public industriel et commercial avec *l'usager*. Cela fait partie du fondement même de l'existence de tels services. Comme le relève Bertrand Seiller, cette solution reflète « la volonté d'aligner le droit applicable et le juge compétent sur ceux prévalant dans les relations entre les entreprises privées et leurs clients »[606]. Ce bloc de compétence au profit du juge judiciaire conduit même à considérer les contrats passés entre le gestionnaire public du service et l'usager comme étant de droit privé, *même en présence d'une clause exorbitante du droit commun*[607]. De même, les *dommages de travaux publics* subis par l'usager relèveront aussi du *juge judiciaire*[608].

Cependant, le *juge administratif* reste compétent pour le *contrôle de la légalité des actes unilatéraux* pris en vertu d'une *prérogative de puissance publique*[609]. Concernant les relations avec les *agents*, le contrat est toujours de droit privé et relève du *juge judiciaire*. À ce principe existe une exception, et ainsi le retour de la compétence du *juge administratif*, en ce qui concerne le *directeur du service* et *l'agent comptable en cas de comptabilité publique*[610].

Pour les *tiers*, il faut faire jouer les critères classiques du contrat[611]. Les dommages subis par les tiers relèvent en principe du *juge judiciaire*[612]. Cependant, s'ils trouvent leur source dans l'utilisation d'une *prérogative de puissance publique*[613] ou dans un *dommage de travaux publics*[614] alors le *juge administratif* est compétent.

Les solutions dépendent donc d'un ensemble de notions (service public, service public administratif et service public industriel et commercial) et d'éléments (type d'acte et type de relation) qui sont pesés par le juge, dans chaque affaire. La technique globale du juge est celle du faisceau d'indices. Plus il y a d'éléments en faveur de la compétence du juge administratif, plus la solution sera aisée à trouver, et inversement.

Il est possible d'opérer certaines oppositions marquées. Les actes d'organisation des services publics relèvent toujours du juge administratif. À l'inverse, les contrats qui ne remplissent pas les

606. SEILLER (B.), *ibid*., p. 472.
607. CE, Sect., 13 octobre 1961, *Etablissements Campanon-Rey*, rec. 567.
608. TC, 24 juin 1954, *Dame Galland*, rec. 717.
609. Rappelons que cette compétence est protégée par le Conseil constitutionnel au titre de la jurisprudence *Conseil de la concurrence*. Voir aussi : CE, 21 avril 1961, *Dame Agnesi*, rec. 253 ; TC, 19 janvier 1998, *Syndicat français de l'Express international*, rec. 534.
610. CE, Sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, rec. 158.
611. TC, 24 avril 1978, *Société Boulangerie de Kourou*, rec., 645, *Dalloz* 1978, p. 585.
612. TC, 11 juillet 1933, *Dame Mélinette*, rec. 1237.
613. TC, 22 nov 1993, *Matisse*, rec. 410.
614. CE, 25 avril 1958, *Dame veuve Barbaza*, rec. 228.

critères classiques sont privés, quelle que soit la nature du service en cause. De même, lorsque l'on s'intéresse à la distinction entre les deux types de service public, on peut identifier deux extrémités : lorsque les critères organique et matériel militent soit pour la compétence du juge administratif, soit pour celle du juge judiciaire. Dans ces deux cas, les solutions sont facilement déterminées, car il y a une sorte d'unanimité des éléments de l'affaire en faveur de la compétence d'un juge en particulier (à l'exception des dommages de travaux publics).

La complexité émerge avec la discordance des éléments. Entre les extrémités se trouve une palette de nuances. Tantôt la nature de l'acte fera pencher la balance vers la compétence du juge administratif. Tantôt c'est la nature de la relation avec le requérant qui pourra permettre de déterminer la compétence du juge. Il n'y a pas d'entier bloc de compétence en faveur d'un type de service public. C'est en ce sens que l'on peut dire, avec Jean-François Auby, que les différences de statut et de régimes entre les services publics « relèvent plus du degré que de la nature »[615]. La distinction entre les services publics est une différence de degré. Il ne peut qu'en aller de même pour leur régime juridique. Et la multiplication des régimes, sous l'influence du droit européen, « contribue à l'éclatement du concept même de service public »[616]. Il n'est jamais totalement public ou privé. Il faut déterminer celui qui s'applique au cas par cas[617]. À cette casuistique s'ajoute parfois une politique jurisprudentielle en faveur de bloc de compétence qui, bien que simplifiant le droit, n'en illustre pas moins la volonté du juge de déterminer une solution en particulier eu égard aux éléments de l'affaire. Ce sont bien les éléments précis de chaque affaire, ainsi que les notions dont la détermination relève largement de l'appréciation du juge, qui permettent de définir l'ordre juridictionnel compétent.

C. La casuistique dans la définition du contrat administratif

Classiquement, est administratif un contrat passé entre une personne publique et une

615. AUBY (J.-F.), « Le déclin de la spécificité juridique des services publics industriels et commerciaux locaux » *AJDA* 1981, pp. 508-512, p. 512.
616. BOUSSARD (S.), « L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du « service public par nature » », *op. cit.*, p. 49.
617. SEILLER (B.), « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *op. cit* ; BOUSSARD (S.), *ibid*, p. 49. ; SABOURIN (P.), « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français », *RDP* 1971, pp. 594-640, pp. 607-624.
Dans sa grande œuvre sur la notion de « service public » en droit administratif, Roger Latournerie défend l'idée que la part de chaque droit (privé et public) dans le régime juridique des services publics se définit par le principe de proportionnalité des moyens aux fins. Ce régime ne peut donc être déterminé qu'au cas par cas, selon notamment l'importance de l'intérêt public en cause (LATOURNERIE (R.), « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou Jouvence ? », *EDCE* 1960, pp. 61-159 notamment pp. 110-112 et pp. 123-134).

personne privée et qui, soit permet « l'exécution même du service public »[618] soit comporte « une clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractant dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs »[619]. Deux cas distincts sont ainsi à apprécier : lorsque le contrat permet l'exécution du service public (1.) et lorsqu'il contient une clause particulière (2.)[620].

1. Le cas des contrats permettant l'exécution d'un service public

Malgré la précision apparente de l'expression jurisprudentielle, il n'est pas aisé de déterminer quand un contrat porte sur « l'exécution même d'un service public ». Nous avons vu que la qualification de service public est, en soi, relative. De plus, la notion « d'exécution même » n'est pas des plus précises : la jurisprudence a considéré qu'est administratif le contrat permettant « l'exécution d'une mission de service public »[621], mettant de côté la formule plus restrictive « d'exécution même », ou encore le contrat qui fait « participer le cocontractant à l'exécution du service public »[622]. Que le contrat serve à l'exécution même du service public ou fasse seulement participer le cocontractant à son exécution, cela ne renvoie pas à la même intensité du lien unissant l'exécution du service public et le contrat. D'ailleurs, si le lien se distend un peu plus, le contrat ne peut être qualifié d'administratif. Tel est le cas du contrat qui ne fait pas participer le cocontractant à l'exécution du service public, mais qui a été conclu « pour les besoins du service public »[623]. Ce qui compte donc c'est l'intensité du lien entre contrat et exécution du service public. Cela « traduit l'idée qu'il faut qualifier le contrat en fonction du degré d'implication du cocontractant dans le bon fonctionnement du service public »[624]. Ou encore, pourrait-on dire, la part du contrat dans l'exécution du service public. Cela revient au même. Or, qui détermine que le lien est suffisant pour en faire un contrat administratif si ce n'est le juge, au cas par cas, selon les données qui entourent l'affaire ? Il lui revient de placer le curseur sur l'intensité appropriée du lien entre contrat et service

618. CE, Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, rec. 167 ; GAJA 21e éd., n°67.
619. Selon la nouvelle dénomination en vigueur : voir Chapitre I, Section II, I, A, 2, b.
620. Nous nous en tenons ici au cas des contrats passés entre une personne publique et une personne privée. Nous avons déjà vu la solution pour les contrats passés entre deux personnes publiques. Quant aux contrats passés entre deux personnes privées ils sont privés, sauf rares exceptions. Encore que dans le cas de ces exceptions, la présence d'une personne publique, ou au moins la référence à une telle présence, n'est jamais loin. Voir en ce sens la note de Marguerite Canedo-Paris sous l'arrêt *Sociétés des Autoroutes du sud de la France* (Conseil d'État, 14 novembre 2014, n°374557, *RFDA* 2015, pp. 32-46).
621. CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et Crédit*, rec. 141.
622. TC, 23 février 2004, *Société Leasecom*, rec. 628.
623. TC, 15 novembre 2004, *S.A Loxesia Bail Slibail c. Lycée régional Hélène Boucher*, rec. 761.
624. BRENET (F.), « Les contrats administratifs », pp. 217-281, p. 231 in *Traité de droit administratif*, t. II, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolak, *op. cit.*.

public pour dire qu'il est administratif. Pour cela, il peut prendre en compte divers éléments notamment factuels[625]. Dès lors, ce critère « n'évite pas, encore aujourd'hui, une certaine casuistique »[626].

2. Le cas du contrat comportant une clause particulière

Le deuxième grand cas d'identification d'un contrat administratif concerne l'hypothèse de la présence d'une clause particulière, qualifiée de « clause exorbitante du droit commun ». Cependant, sur ce terrain, « la jurisprudence est empreinte de casuistique et la qualification retenue par le juge est souvent relative »[627], peignant un tableau dans lequel « les solutions des différents juges ne paraissent pas toujours harmonieuses »[628]. Avant le changement sémantique que lui a fait subir le Tribunal des conflits, et sur lequel nous reviendrons plus tard, la clause se définissait essentiellement comme étant celle qui ne peut exister dans les rapports de droit privé[629]. Plusieurs éléments peuvent jouer dans la mise en évidence de la présence d'une telle clause.

Le contexte contractuel influe sur la décision prise par le juge. Dès lors, « le juge se montre […] plus exigeant lorsque le contrat baigne dans une ambiance de droit privé », rendant nécessaire l'identification d' « une clause fortement exorbitante du droit privé pour justifier la qualification administrative »[630]. De même, le juge peut prendre en compte les autres dispositions du contrat pour déterminer si la clause est exorbitante ou non[631]. Cependant, la relativité de la qualification peut aussi être temporelle, ce qui signifie qu'une clause qualifiée à une époque d'exorbitante peut perdre cette qualité par l'effet de l'écoulement du temps[632]. Il faut dès lors en conclure avec François Brenet que la qualification d'une clause comme étant exorbitante « est toujours déterminée, *in fine*, par le juge »[633]. Cette détermination se fait par « une appréciation un peu globale sur les circonstances de

625. Pour certains, si dans l'affaire dite des *Granits*, Léon Blum conclut à l'incompétence de la juridiction administrative c'est notamment pour éviter un engorgement de la juridiction administrative. Voir : GROS (M.), « L'erreur de Léon Blum ? », *AJDA* 2013, pp. 1489-1492.
626. BRENET (F.), *ibid*., p. 231.
627. Note François Brenet sous l'affaire *Sté Axa france IARD c. MAIF* (*RA* 2015, p. 37). Dans le même sens, voir MARTIN (J.), « D'une définition à l'autre : nouvelles et anciennes difficultés à identifier les clauses révélant un contrat administratif », *RFDA* 2015, pp. 23-31, pp. 28-30. (L'auteur y fait aussi une liste des clauses considérées comme exorbitantes soit du fait des pouvoirs reconnus soit des sujétions imposées).
628. BASSET (A.), « De la clause exorbitante au régime exorbitant du droit commun (à propos de l'arrêt du *T. confl. 13 octobre 2014, Sté Axa France IARD, n°3963*) », *RDP* 2015, pp. 869-879, p. 872.
629. TC, 15 novembre 1999, *Commune de Bourisp*, rec. 478.
630. BASSET (A.), *ibid*., p. 872.
631. *idem*.
632. À propos des clauses renvoyant au cahier des charges, voir : BRENET (F.), *ibid*., pp. 217-281, p. 234.
633. *RA* 2015, p. 38 (note sous l'arrêt *Sté Axa france IARD c. MAIF*).

l'espèce »[634].

Comme pour le cas des services publics, le contentieux des contrats laisse une impression de grande casuistique. Différentes notions entrent en jeu, dont la définition peut varier dans le temps et selon les circonstances de chaque affaire. Là encore, volontarisme du juge et casuistique sont les soubassements de ces jurisprudences.

La recherche du critère de compétence du juge administratif est donc vaine. Quand bien même une notion serait commune aux différentes solutions, elle n'aurait aucune portée opératoire. Dire que le juge administratif est compétent lorsqu'est en cause un service public n'est utile que si le législateur qualifie lui-même une activité en service public. Et encore, dans ce cas la question du lien nécessaire entre service public et opérations connexes (contrat de fournitures par exemple) pour que le juge administratif soit compétent se pose toujours. Mais au-delà, lorsque l'activité n'est pas qualifiée par le législateur, ce qui est fréquent, il appartient au juge de le faire. Or, la définition d'un terme comme « service public » ne peut pas être précise s'il l'on veut qu'elle englobe l'ensemble des cas de compétences du juge administratif. Sauf à vider de tout sens cette notion, et donc la rendre transparente, une notion unique ne peut être utilisée. Ces remarques valent aussi pour la puissance publique. Bien qu'apparemment plus précise, elle reste une notion dont le contenu est relatif. Nous l'avons vu pour le cas des clauses exorbitantes. Cette casuistique découle sans conteste « de la polysémie des mots clés employés peut-être à dessein par le juge »[635].

Il faut aussi mentionner que cette recherche du critère unique est avant tout doctrinale. Or, afin de faire coïncider les idées des écoles avec la jurisprudence, les auteurs n'ont pas hésité, consciemment ou non, à donner des interprétations critiquables d'arrêts aujourd'hui passés à la postérité. C'est bien « l'imaginaire des glossateurs, l'exagération des « faiseurs de systèmes », voire le fantasme des écoles doctrinales » qui « auréolent d'une part de légende, c'est-à-dire d'un récit dont le fond historique est plus ou moins altéré » le sens des grands arrêts[636]. Ne retrouve-t-on pas une idée similaire lorsque le commissaire du Gouvernement Verot, à propos de l'arrêt *Narcy*, souligne qu' « enfin, les sages du palais-Royal daignaient éclairer la lanterne des commentateurs et donner une définition de l'organisme privé chargé d'une mission de service public ! »[637] ? Bien

634. MARTIN (J.), « D'une définition à l'autre : nouvelles et anciennes difficultés à identifier les clauses révélant un contrat administratif », *op. cit.*, p. 30. L'auteur semble rejeter l'idée de l'utilisation d'un faisceau d'indices par le juge dans cette détermination casuistique de l'administrativité du contrat par la clause.
635. Répertoire du contentieux administratif, « Compétence administrative (Répartition des compétences entre le judiciaire et l'administratif) », Jacques Moreau avec collaboration de Pierre Moreau et Bernard Cazin, point 76.
636. GIACUZZO (J.-F.), « L'arrêt Société des *Granits porphyroïdes des Vosges*. Légendes, réalités...et grandeur », *op. cit.,* p. 2475.
637. Conclusions sur l'arrêt *APREI*, (CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. 92, voir p. 95).

qu'admettant par la suite que l'arrêt *Narcy* n'apporte en réalité aucune définition, mais des critères, une telle phrase met en lumière que le matériau de base de la doctrine se compose essentiellement des décisions des juges et que, si évolution, précision ou confirmation il doit y avoir, cela vient nécessairement des juges. La doctrine ne peut que construire des édifices instables sur des fondations dont elle ne peut s'assurer de la consistance. À l'inverse, les juges « ne procèdent jamais d'un esprit de système », mais plutôt par « spontanéité »[638].

En cela, l'existentialisme domine. Il n'y a aucune définition *a priori* des concepts et notions utilisés. Cette idée s'exprime parfaitement dans la phrase clé de l'existentialisme : « l'existence précède l'essence »[639]. Les notions employées par les juges n'ont pas un sens prédéfini, naturel pourrait-on dire. Ce sont des données construites, au gré de l'expérience et des nécessités. Ce qui donne son sens a une situation c'est l'acte de celui qui l'observe[640]. C'est l'existence de ces notions qui leur donne leur sens, leur essence. Par exemple, un coupe-papier, selon Sartre, a une essence qui précède son existence puisqu'il est construit dans un but précis et selon un schéma particulier[641]. Or, une notion comme celle de « service public » n'a pas un but précis. C'est un terme clé englobant. Son sens varie selon le contexte, l'époque et ce à quoi la notion est utilisée. À la différence du coupe-papier, dont la finalité reste intangible, le « service public », mais aussi toutes les autres notions qui l'accompagnent, n'ont pas de sens prédéterminé. En cela, nous ne pouvons que citer avec approbation Bernard Chénot lorsque celui-ci souligne que « l'épistémologie suffit à montrer que l'objet, le seul objet des sciences sociales, c'est le comportement de l'homme en société, libre ou non, moral ou non. Institutions et règles sont faites par lui et pour lui, elles expriment les réactions de ceux qui exercent le pouvoir en face des rapports sociaux. Qu'il y ait des constantes en de telles réactions, cela ne fait aucun doute, mais c'est au sens relatif du terme. Les mots seuls sont permanents »[642]. Et l'auteur de mettre en évidence le rôle du juriste face à ces phénomènes, en soulignant qu' « en face de cette réalité mouvante et confuse, le juriste […] simplifie, extrapole, généralise. Il fausse la réalité, mais il la rend compréhensible », faisant du droit « l'art des bonnes

638. CHENOT (B.), « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE* 1950, pp. 77-83, p. 77. Plus loin, l'auteur affirme encore que « le Conseil d'État va au fait. Il ne s'embarrasse pas de théorie » (p. 79) ou encore « le juge est l'ennemi de la « chose en soi » » (p. 82). Les propos de l'auteur sont repris avec approbation par le Commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *USIA* (*S.* 1957, p. 39). Voir aussi LATOURNERIE (R.), « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou Jouvence ? », *op. cit.*, notamment p. 69.
639. SARTRE (J.-P.), *L'existentialisme est un humanisme*, Galimard, 1996, 109 pages, p. 26.
640. POULANTZAS (N.), « Notes sur la phénoménologie et l'existentialisme juridique », *Archives de Philosophie du Droit*, 1963, pp. 213-235, notamment pp. 224-235.
641. *idem*, pp. 26-27.
642. CHENOT (B.), « L'existentialisme et le droit », *op. cit.*, p. 67.
Sur la confrontation entre Bernard Chénot et Jean Rivero voir : FRACHON (H.), *Écrire l'histoire du droit administratif,* thèse, Paris, dactyl., 2013, 551 pages, pp. 432-442.

classifications. Art ingrat ! Il faut sans cesse recommencer ce travail d'analyse objective et ces synthèses pragmatiques »[643]. Dès lors, en effet, « un double souci doit guider le juriste : mettre constamment au point un appareil de classification à travers lequel il connaît le monde politique, économique et social ; ne pas prendre pour des choses en soi, pour des valeurs absolues, ni les choses que cette machine à abstraction découpe arbitrairement dans la vie, ni la machine elle-même »[644]. Au risque pour le juriste, dans le cas contraire, d'être prisonnier des notions qu'il a lui-même créées.

II. La détermination casuistique : l'acceptation claire en Angleterre

Si la méthode juridictionnelle de définition des compétences des juges est la même en France et en Angleterre, elle paraît bien mieux acceptée outre-Manche. Avant de voir comment cela se traduit, il faut tenter d'apporter une explication. Pays de *common law*, l'Angleterre fait une place importante aux décisions de justice. La *common law*, en tant que droit, est une création des juges. Dès lors, reconnaître que ce sont les juges qui décident au cas par cas n'est pas une anomalie. C'est le fondement même du système de *common law* qui repose sur le *case law*[645]. On le voit le « case », c'est-à-dire l'affaire, est central. C'est par lui que le juge crée du droit[646]. Ce pouvoir créateur est renforcé par la règle du précédent obligeant les juges à suivre les décisions plus anciennes[647]. La décision de justice peut ainsi créer de véritables règles. À cette première donnée s'en ajoute une seconde fondamentale. Les décisions de justice en Angleterre, à l'inverse de celles rendues en France, et en particulier par la juridiction administrative, sont très longues et détaillées. Elles comportent en principe l'opinion de chaque juge sur l'affaire. Cela permet, pour les cas futurs et similaires, d'identifier ce qui constitue la *ratio decidendi*, et ce qui constitue les *obiter dicta*[648]. La *ratio decidendi* est le noyau dur du jugement, la règle de droit identifiée et qui oblige les juges pour

643. *ibid.*, pp. 67-68.
644. *ibid.*, p. 68.
645. ANCEL (M.), *La « Common Law » d'Angleterre*, thèse, Rousseau, Paris, 1927, 223 pages ; ARMINJON (P.), NOLDE (B.), WOLFF (M.), *Traité de droit comparé*, t. II, LGDJ, 1950, 635 pages, p. 492 ; DAVID (R.), *Le droit anglais*, 10e éd, 2003, PUF, Paris, 128 pages, pp. 60-67 ; SLAPPER (G.) et KELLY (D.), *The English legal System*, 6e éd., Cavendish Publishing, Londres, 2003, 685 pages, p. 3, pp. 68-94 et p. 100 ; FAIRGRIEVE (D.) et MUIR WATT (H.), *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence*, PUF, Paris, 2006, 62 pages, p. 24 et s.
646. DEAK (F.), « Le rôle du « cas » dans la common law et en droit civil » in *Recueil Lambert,* t. I, LGDJ, Paris, 1938, pp. 467-480, p. 469.
647. DEAK (F.), *idem* ; DAVID (R.), *ibid.*, pp. 62-64 ; SLAPPER (G.) et KELLY (D.), *ibid.*, pp. 68-69.
648. Sur ces deux notions voir : LEVY-ULLMANN (H.), *Le système juridique de l'Angleterre*, LGDJ, Paris, 1928, réédition 1999, 574 pages, pp. 125-134 ; DAVID (R.), *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1948, 479 pages, pp. 140-154 ; SLAPPER (G.) et KELLY (D.), *op. cit.*, p. 83 ; HARVEY (M.), KIRBY-LEGIER (C.), CHARRET-DEL BOVE (M.), *Droit anglais et droit américain*, Armand Collin, Paris, 2011, 192 pages, pp. 17-18.

les décisions futures. À l'inverse, les *obiter* ne sont que des appréciations personnelles des juges sur les faits ou le droit applicable, mais ils ne sont pas obligatoires pour les jugements postérieurs. Ils peuvent être source d'inspiration pour une éventuelle évolution de la règle, ce qui est rare, ou une distinction des affaires sur les faits[649]. Ils ont une force persuasive, mais non obligatoire.

Ces éléments sont importants, selon nous, pour comprendre la grande différence d'approche de la doctrine sur ces questions par rapport à la France. Elle est clairement admise tant par la doctrine (A.) que par les juges (B.).

A. L'acceptation par la doctrine de la méthode casuistique

Le lecteur qui s'intéresse à la question de la détermination du champ de la *judicial review* peut paraître dans un premier temps désorienté par le manque de structure dans les raisonnements doctrinaux. Il n'existe aucune grande théorie, aucune « école », aucune lutte doctrinale. Il est accepté que les cours usent de deux éléments : la source et la notion de « fonction de droit public » ou la recherche « d'éléments de droit public ». Cela ne veut pas dire que certains auteurs, comme nous l'avons vu, ne proposent pas des changements dans la jurisprudence. Seulement, leur but n'est pas de faire coïncider les décisions de justice avec un concept prédéfini, mais plutôt d'apporter de la clarté et de la prédictibilité dans le champ d'application de la *judicial review*. La critique est plus pragmatique que dogmatique. Deux constats s'imposent lorsque l'on étudie la doctrine anglaise sur ce sujet. D'une part, l'approche casuistique, et donc en partie incertaine, des juges est admise sans critique particulière (1.). D'autre part, le relativisme des décisions de justice est lui aussi mieux accepté, grâce au caractère discursif des jugements. Il est ainsi plus facile de reconnaître l'influence importante du contexte, rendant toute systématisation parfaite impossible (2.).

1. L'acceptation de l'approche casuistique des juges

Les juristes anglais admettent sans mal qu'il est impossible de prévoir avec certitude toutes les décisions des juges. De cela il découle qu'après étude des grandes jurisprudences dans le domaine « il n'y a aucune liste possible des organes pouvant être soumis à judicial review »[650]. Voilà pourquoi, pour Paul Craig, « affirmer qu'une autorité doit avoir un « élément public » suffisant ou

649. SLAPPER (G.) et KELLY (D.), *ibid*, pp. 90-91.
650. LE SUEUR (A.), SUNKIN (M.) et MURKENS (J.), *Public Law : text, cases and materials*, 2e éd., OUP, Oxford, 2013, 859 pages, p. 701.

doit exercer un devoir public ne fonctionne pas autrement que comme un label conclusif pour ce que l'on veut mettre dedans. Ils ne guident pas notre réflexion par avance »[651]. Il est dès alors admis que les formules utilisées par les juges ne sont pas tant le reflet d'une méthode que d'une finalité. Ce qui compte, ce sont les éléments pris en compte par la cour dans la réponse qu'elle doit apporter. En ce sens, Paul Craig relève que ce qui est important au final, ce n'est pas tant l'usage de ce « label », mais plutôt la conséquence de son apposition sur une activité. Or, décider que telle fonction est publique conduit à la soumettre aux principes de droit public.

C'est en fait cette question que les juges se posent et doivent résoudre : faut-il soumettre cette activité au droit public ? Si oui, toute l'activité doit-elle y être soumise ou seulement certains pans ? Toutes les règles de droit public doivent-elles s'appliquer à tous les cas où le label est utilisé[652] ? Le « label » n'est dès lors que la marque apposée par les juges sur une activité ou un pan d'une activité et signifiant « le droit public s'applique ». Une fois cela admis, les juges peuvent faire varier les règles à appliquer[653]. Il revient donc bien aux juges, au cas par cas, et selon les éléments de faire application du droit public. Outre la terminologie, proche de celle de Didier Truchet[654], les propos de Paul Craig font résonance avec l'idée qu'en France le régime des services publics fonctionne comme un dégradé comportant des nuances, et non comme un bloc. La qualification de service public entraîne l'application de certaines règles de droit public, mais pas de toutes[655]. Pour cela, il faut aller plus loin et distinguer ensuite entre les différents services publics pour déterminer la part du droit public qui s'applique. En droit anglais, comme en droit français, il semble impossible d'opérer une distinction qui se fonderait sur un élément qui aurait « un 'sens' invariable »[656]. La position des juges est reconnue comme étant avant tout pragmatique « plutôt que comme se fondant et entreprenant des analyses des fondements constitutionnels et juridiques »[657].

De ce premier constat découle un certain relativisme des solutions. Ainsi, concernant la définition de la fonction publique, « une confiance aveugle dans les critères énumérés, bien que

651. CRAIG (P.), « Public Law and control over Private Power », pp. 196-216, voir p. 200 in *The Province of Administrative Law*, sous la dir. de M. Taggart.
652. *ibid*, p. 197.
653. Si les règles procédurales de droit public semblent s'appliquer dans presque tous les cas, il n'en va pas de même des principes substantiels : CRAIG (P.), *ibid.*, pp. 209-214 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., pp. 137-138.
654. On la retrouve dans un autre manuel : BEATSON (J.), MATTHEWS (M.) et ELLIOTT (M.), *Administrative law. Text and Materials*, 4e éd., OUP, Oxford, 2011, 744 pages, p. 132.
Toutefois, dans l'édition plus récente de ce même ouvrage, les auteurs ne parlent plus de « label », mais l'idée reste la même : ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.N.E.), *Administrative Law. Text and Materials*, 5e éd., OUP, Oxford, 2017, 796 pages, p. 133.
655. Quelle que soit la nature du service public, il est soumis aux principes de continuité, d'égalité et de mutabilité.
656. CANE (P.), « Public Law and Private Law : A Study of the Analysis and Use of a Legal Concept », pp. 57-78, p. 70 in *Oxford Essays in Jurisprudence, 3e série*, sous la dir. de J. Eekelaar et J. Bell, *op. cit.*
657. ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford, 2001, 260 pages, pp. 8-9.

pouvant être d'une aide précieuse pour apporter de la prédictibilité dans le droit, doit être évitée »[658]. Dès lors, « le test de la fonction publique doit être prioritaire et ses caractéristiques pesées et balancées dans le contexte de chaque affaire »[659]. Il en va de même pour les contrats puisqu' « aussi longtemps que les cours auront une approche sur la question de leur soumission [à la *judicial review*] en rendant nécessaire un « élément public » suffisant […], il faut privilégier une approche pragmatique et raisonner par analogie par rapport aux affaires antérieures plutôt que tenter d'identifier des principes généraux englobants »[660]. Ce relativisme s'explique en grande partie par le relativisme des points de vue qui peuvent exister dans ce domaine. Comme le souligne Peter Cane, « les individus peuvent ne pas être d'accord, et ne le sont pas, quant à savoir où finit ce qui est public et où commence ce qui est privé »[661]. Le subjectivisme inhérent au champ d'action publique est un phénomène largement admis.

2. L'acceptation du relativisme des décisions de justice

Ce second constat est lié au premier. La reconnaissance de l'incertitude et du relativisme des décisions de justice donne à s'intéresser plutôt aux décisions elles-mêmes qu'à une quelconque tentative de systématisation. La doctrine n'entreprend pas une telle démarche. La question du champ de la *judicial review* est abordée par des listes d'affaires, selon les domaines concernés. Les auteurs mettent alors en évidence les distinctions qui peuvent apparaître, mais aussi les certitudes que donne la jurisprudence. Le but n'est pas de comprendre par le biais d'un critère ou d'un principe unificateur et opératoire, l'ensemble des solutions. Une telle tentative est rejetée « comme un exercice qui risque vite d'imploser dans une mer de généralisation »[662].

C'est là qu'interviennent les éléments des décisions que nous avons mentionnés plus haut. Il nous semble que des pratiques, comme celles du précédent, de la distinction et de l'affirmation des opinions de chaque juge, sont autant de freins en soi à toute systématisation. Les juges expliquent, eux-mêmes, les raisons de leurs jugements. Apparaissent alors les éléments pris en compte, leur importance dans chaque affaire. Mais aussi, et tout aussi fondamentalement, les oppositions entre

658. WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, p. 137.
659. *idem*.
660. *ibid*., p. 141. Voir aussi WOOLF (H.), « Droit public – English Style », *PL* 1995, pp. 57-71, p. 64.
661. CANE (P.), « Accountability and the Public/Private Distinction », voir p. 266 in *Oxford Essays in Jurisprudence,* 3e série, sous la dir. de J. Eekelaar et J. Bell, *op. cit.*,
Voir aussi HARLOW (C.), « « Public » and « Private » law : definition without distinction », *MLR* 1980, pp. 241-265, p. 257 : l'auteur y souligne en particulier qu'aucune fonction n'est « typiquement gouvernementale », signe de la relativité de la qualification.
662. WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit., p. 141.*

les juges. Tous ces éléments donnent une matière à la doctrine. Cet ensemble est impossible à systématiser, car chaque juge apporte sa vision, son appréciation sur les faits de l'affaire.

Cela ne revient pas à dire que les juges développent toujours des points de vue différents. Mais la règle de la distinction, qui permet aux juges de s'écarter d'une affaire en relevant des différences de faits, parfois minimes, avec l'affaire qui a posé le précédent pertinent, conduit nécessairement à un certain impressionnisme des décisions. Cela d'autant plus que chaque opinion de juge dans une affaire peut être une œuvre d'explication et de systématisation. À l'opposé en France, le Conseil d'État rend des décisions courtes. Plus important encore, c'est bien le Conseil d'État, ou la juridiction saisie, qui rend la décision et non tel ou tel juge. Cela donne une impression, faussée, d'unanimité des juges et donc d'objectivité du raisonnement. Mais la jurisprudence y gagne en cohérence et en uniformité. Ainsi lorsqu'un arrêt est cité en doctrine, il est réputé apporter une solution unique au problème. La prise en compte des conclusions des rapporteurs publics ne change pas cela. Elles ne constituent qu'un document provenant d'un magistrat, et un seul. De plus, elles ne peuvent être qu'un éclairage sur la décision prise. En tant que telles, elles ne font pas partie de la décision. Elles n'ont pas de force juridique. En Angleterre, il est fréquent de citer les différents juges qui ont participé à la décision, car chacun apporte un éclairage sur l'affaire. En cela, la subjectivité du raisonnement est admise et mise en avant. Tel argument a été défendu par tel juge, tel point de vue défendu par tel autre. Mais à la différence du rapporteur public en France, cet éclairage peut constituer la *ratio decidendi* de la décision. Et quand bien même, l'opinion du juge ne serait qu'un *obiter* cela ne signifie pas qu'il n'aurait aucun impact.

En face de décisions longues, composées de jugements parfois contradictoires, dont la solution peut être similaire pour des raisons différentes, les auteurs ne peuvent produire une œuvre de systématisation. Ils n'ont comme seule possibilité que de faire des listes des décisions, et d'en souligner les nuances[663]. C'est ainsi que procède la doctrine anglaise, loin des grandes catégorisations françaises. Bien plus que la doctrine, ce sont en fait les juges qui font les courants de pensée. Cela ne veut pas dire que la doctrine est inutile. Elle a comme rôle de mettre en relation les différentes opinions, de les opposer et de tenter d'apporter une certaine cohérence entre les différentes solutions[664]. Elle peut aussi proposer des évolutions. Mais aucunement elle ne tente, dans des proportions similaires à la France, des généralisations.

663. Voir les références données tout au long de ces développements. Voir aussi : FENNELLY (D.), « *Penser par cas* : A common law perspective », *RIEJ* 2014, pp. 155-171.
664. BEATSON (J.), « 'Public' and 'Private' in English administrative law », *LQR* 1987, pp. 34-65.

B. La casuistique en pratique : la reconnaissance par les juges

Il apparaît clairement que les expressions « fonction publique » et « éléments de droit public » ne sont pas suffisamment précises pour être opératoires. D'ailleurs, l'idée qu'il faille trouver des « éléments de droit public » suffisant pour justifier une *judicial review* dans le domaine contractuel renvoie à la même idée que celle du « faisceau d'indices » en France. Il s'agit pour les juges de « piocher » des éléments, au cas par cas, qui donnent une coloration publique au litige. S'ils sont insuffisants, ou, plus exactement, si les juges considèrent qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments qui vont en ce sens, alors la *judicial review* n'est pas permise. La méthode de raisonnement est donc très similaire à celle du juge administratif. Prises dans leur ensemble, les solutions sont autant de nuances. Elles ne constituent pas des catégories étanches.

Cependant, à l'inverse de la France, les juges ne cachent pas, dans leurs décisions, la relativité des notions employées. Ils entretiennent volontairement ce flou. Les juges n'hésitent par à affirmer la flexibilité des décisions judiciaires de droit public. L'affaire *Lain* en offre un exemple[665]. La question portait sur la possibilité de demander un *certiorari* contre la décision d'un organe, la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions pénales, créée par le Gouvernement, en dehors de ses pouvoirs venant de la loi. En ce que le recours porte sur une autorité qui ne se fonde pas sur une loi, il pose une question nouvelle : celle de l'extension du *certiorari* aux décisions d'organes n'ayant pas de consistance législative. *In fine*, les juges acceptent d'ouvrir le *certiorari*, tout en rejetant l'affaire sur le fond. À cette occasion, Lord Parker CJ explique que « la position telle que je la vois est que les limites exactes du certiorari n'ont jamais été, et ne doivent jamais être, spécifiquement définies. Elles ont évolué avec le temps afin d'être étendues pour s'adapter aux changements de conditions »[666]. L'évolution du contexte est primordiale. Comme le souligne aussi Asworth J., dans l'affaire *Lain*, « dans le passé, cette cour a admis sa compétence pour connaître du comportement d'un Ministre agissant judiciairement ou quasi-judiciairement, et bien que la présente affaire puisse impliquer une extension du certiorari je ne me sens pas contraint de le refuser si les faits le justifient »[667].

Dans son jugement sur l'affaire *Datafin*, Sir Donaldson MR cite et approuve ces opinions exprimées dans l'affaire *Lain*. Il explique à son tour que « la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions pénales, dans la forme qu'elle avait, était une nouveauté administrative. Dès

665. *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, ex p. Lain* [1967] 2 QB 864.
666. *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, ex p. Lain* [1967] 2 QB 864, p. 882. Cité et approuvé par Farquharson LJ. dans *R. v. Jockey Club, ex parte Aga Khan* [1993] 1 WLR 909, p. 929.
667. *R. v. Criminal Injuries Compensation Board ,ex p. Lain* [1967] 2 QB 864, pp. 891-892.

lors, il aurait été impossible de trouver un précédent concernant la compétence de supervision de la cour qui corresponde aux faits. Néanmoins, la cour n'a pas seulement affirmé sa compétence, mais a aussi souligné que c'est une compétence qui était adaptable dans le futur »[668]. Le jugement de Donaldson dans l'affaire *Datafin* est d'ailleurs une pierre de plus à l'édifice casuistique puisqu'il « donne le pouvoir à la cour de prendre en compte les différentes caractéristiques des régimes d'auto-régulation une par une pour décider si elle doit finalement intervenir »[669]. Il conclut, après avoir relevé les éléments caractérisant la Commission, que « dans ce contexte je serais très déçu si les cours ne reconnaissaient pas les réalités du pouvoir exécutif »[670]. Le « contexte » permet de mettre en évidence les « réalités » de l'affaire et de ses caractéristiques. La *judicial review* est ici ouverte grâce à cela.

Le caractère flexible du *certiorari*, et plus généralement de la *judicial review*, est admis sans difficulté par les juges. Il est considéré comme un élément indispensable de l'adaptabilité de la *judicial review* aux évolutions de l'action administrative. À ce titre, il n'est pas étonnant que ce soit de façon casuistique que les juges en aient déterminé le champ d'application. « Cette branche du droit public ou administratif a évolué, comme la grande partie de notre droit, au cas par cas, et il ne fait aucun doute que cela va continuer » affirmait Lord Roskill[671]. Il ne paraît alors pas étonnant pour Lord Woolf que « dans les cas limites […] la décision est essentiellement une de fait et de degré »[672].

Cela est d'autant plus vrai que certains éléments utilisés par les juges font penser que la question n'est pas tant : « la *judicial review* est-elle possible ? », mais plutôt : « la *judicial review* doit-elle être possible ? ». Dans ce cas, il y a un élément de volontarisme juridictionnel qui entre en ligne de compte. La question n'est plus objective. Elle fait appel à des considérations subjectives, notamment celles du juge. Deux éléments permettent d'en arriver à une telle conclusion. D'une part, il est clairement mis en évidence dans certaines affaires que la *judicial review* a été ouverte par les juges au motif que toute autre décision aurait privé le requérant d'un recours juridictionnel. Cet argument semble avoir joué un rôle important dans l'affaire *Datafin*[673]. Dans le même ordre d'idée,

668. *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Datafin Plc*. [1987] QB 815, p. 838.
669. CANE (P.), « Self Regulation and Judicial Review », *CJQ* 1987, pp. 324-347, p. 340.
670. *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Datafin Plc*. [1987] QB 815, p. 838.
671. *Council of Services Civil Unions and Others v. Minister of the Civil Service* [1985] AC 374, p. 414.
672. *Poplar Housing and Regeneration Community Association v. Donoghue* [2002] QB 48, p. 70 (Lord Woolf CJ).
673. CANE (P.), « Self Regulation and Judicial Review », *op. cit*., p. 335-336.
Voir aussi HUNT (M.), « Constitutionalism and the Contractualisation of Government in the United Kingdom », voir p. 37, in *The Province of Administrative Law*, sous la dir. de M. Taggart.
Pour des exemples jurisprudentiels, voir *R. v. Fernhill Manor School, ex p. A* [1994] ELR 67, p. 78 et 80 (Brooke J.) ; *Mercury Energy Ltd. v. Electricity Corporation of New Zealand Ltd [Appeal from the Court of Appeal of New Zealand]* [1994] 1 WLR 521, p. 526 (Lord Templeman) ; *R. v. Governors of Haberdashers' Aske's Hatcham College Trust, ex p. Tyrell* [1995] ELR 350, p. 361 (Dyson J.).

entre en jeu le fait que la procédure de *judicial review* soit entourée de conditions protégeant la stabilité des décisions d'intérêt public contre les recours tardifs ou non-fondés[674]. D'autre part, comme nous l'avons déjà signalé, les juges prennent parfois en compte la nature des arguments utilisés contre la décision en cause[675].

Il est alors possible de conclure dans un sens similaire au cas français. Si des litiges ont clairement une coloration publique et d'autres une coloration privée, l'entre-deux est bien plus difficile à déterminer. Dès lors, tout devient une question « de fait et de degré ». Ce sont les faits de chaque espèce qui apportent les éléments permettant de résoudre ces cas se situant dans un entre-deux. Il en ressort que chaque affaire ne se distinguera d'une autre que par quelques éléments contextuels. L'idée d'utiliser un faisceau d'indices, sans être clairement exprimée en tant que telle, se retrouve dans les propos des juges. Les références aux faits, au contexte, sont autant d'appels à la prise en compte des divers éléments présents. La notion de « fonction publique » ne reçoit pas de définition *a priori*. Tout au plus, les juges vont-ils énumérer les éléments principaux. Aucun d'eux n'est toutefois déterminant, ni par son absence, ni par sa présence. C'est lorsqu'ils pèseront suffisamment dans le plateau de la balance estampillé « public » que la décision pourra tomber dans le champ de la *judicial review*[676]. Dès lors, aucune méthode, aucun test ne permet de dire, précisément et sans erreur, si la *judicial review* sera ou non admise[677]. En cela, la distinction n'est bien que de degré.

C. La casuistique en pratique : l'illustration par la comparaison du champ de la judicial review *et du* Human Rights Act

Prenons un exemple pour illustrer le caractère casuistique dans la définition du champ de la *judicial review.* Les champs d'application de la *judicial review* et du *Human Rights Act* reposent en partie sur la définition de la notion de « fonction publique ». Pour autant, leurs champs d'application ne sont pas strictement les mêmes. Cela signifie donc que la « fonction publique » se définit différemment selon qu'est en cause la *judicial review* ou le *Human Rights Act*. Nous avons vu ce qu'il en était de la définition de la « fonction publique » dans le cadre de la *judicial review.*

674. *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Datafin Plc*. [1987] QB 815, p. 846 (Lloyd LJ).
675. *R. (on the application Molinaro) v. Kensington and Chelsea RLBC* [2001] EWHC admin. 896, [65]. Voir aussi [67].
676. MASTERMAN (R.) et MURRAY (C.), *Exploring Constitutional and Administrative Law*, Pearson, Harlow, 2013, 659 pages, p. 494.
677. *R. v. Derbyshire CC, ex p. Noble* [1990] ICR 808, p. 814 (Woolf LJ).
CRAIG (P.), « Public Law and control over Private Power », pp. 196-216 et pp. 207-208 in *The Province of Law*, sous la dir. de M. Taggart, *op. cit.*.

Quelques mots doivent être dits sur le champ du *Human Rights Act*.

Pour être en tout point précis sur ce texte, il faut relever qu'il s'applique en fait dans deux cas. D'une part, lorsque l'autorité est reconnue comme une « autorité publique en soi » (*core public authority*), alors elle sera soumise dans toutes ses activités au *Human Rights Act*. D'autre part, il est possible d'identifier des autorités hybrides dont les fonctions peuvent être soit publiques, soit privées. Dans ce cas, ces autorités hybrides sont seulement soumises au *Human Rights Act* quant à leurs fonctions publiques. Bien que ne ressortant pas expressément du texte même[678], cette distinction a été clairement admise par les juges[679]. La première catégorie d'autorité ne nous intéresse pas ici en ce qu'aucune distinction selon leur fonction n'est opérée. Tous leurs actes sont soumis au *Human Rights Act*, car elles ne peuvent jamais prendre des actes privés[680].

Plus intéressante est la question de la définition des autorités publiques dites hybrides[681]. Les juges doivent distinguer, au sein des fonctions de ces autorités, celles qui sont publiques et celles qui sont privées. Le point de départ de la définition des « fonctions publiques », dans ce contexte, est relativement similaire à celui qui domine dans la *judicial review*. Comme le relève Paul Craig, « l'approche dominante consiste à prendre en compte un ensemble de facteurs afin de décider si la fonction exercée par l'organe en cause est publique et rend cette autorité sujet au HRA au regard de cette fonction »[682]. La technique du faisceau d'indices prévaut ici. Plus précisément, dans l'affaire

678. Le texte prévoit dans sa section 6 (1) qu' « il est illégal pour une autorité publique d'agir de façon contraire à un droit protégé par la Convention », et dans sa section 6 (3) que « dans cette section l'expression « autorité publique » comprend (a) une cour ou un tribunal, et (b) toute personne exerçant des fonctions qui sont des fonctions de nature publique ». La section 6 (5) prévoit quant à elle que « concernant un acte en particulier, une personne n'est pas une autorité publique au sens de la section 6(3)(b) si l'acte est privé ».
En revanche, cette distinction ressort des débats parlementaires : CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 595.
679. *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v. Wallbank* [2004] 1 AC 546, [7] et [11] (Lord Nicholls) ; [35] et [41] (Lord Hope) ; [85] (Lord Hobhouse) ; [112] (Lord Rodger).
On retrouve aussi dans cette distinction dans la très importante affaire *YL v. Birmingham City Council and others* ([2008] 1 AC 95, [37] (Baroness Hale) ; [81] (Lord Mance) ; [129] (Lord Neuberger)).
680. Sur la méthode d'identification de ces autorités, voir : BRADLEY (A.), « The Human Rights Act and Judicial review », pp. 31-68, notamment pp. 46-49 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 146-148 ; CAMPBELL (C.D), « The nature of power as public in English judicial review », *CLJ* 2009, pp. 90-117, pp. 99-112 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 596-597.
681. Voir : OLIVER (D.), « The frontiers of the State : public authorities and public functions under the Human Rights Act », *PL* 2000, pp. 476-493 ; « The Human Rights Act and public law/private law divides », EHRLR 2000, pp. 343-355 ; « Functions of a Public Nature under the Human Rights Act », *PL* 2004, pp. 329-351 ; CRAIG (P.), « Contracting Out, the Human Rights Act and the Scope of Judicial Review », *LQR* 2002, pp. 551-568 ; BRADLEY (A.), « The Human Rights Act and Judicial review », *ibid.* ; WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 148-161 (en particulier les tableaux des décisions concernant la définition des « fonctions publiques » dans le cadre de la section 6 du *Human Rights Ac*t, pp. 152-154) ; CAMPBELL (C.D), « The nature of power as public in English judicial review », *CLJ* 2009, pp. 90-117, pp. 99-112 ; PARPWORTH (N.), *Constitutional and Administrative Law*, 7e éd., OUP, Oxford, 2012, 540 pages, pp. 399-403 ; HOFFMAN (D.) et ROWE (J.), *Human Rights in the UK, An Introduction to the Human Rights Act 1998*, 4e éd., Pearson, Harlow, 2013, 508 pages, pp. 81-85 ; FENWICK (H.), *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, 5e éd., Routledge, Londres, 2017, 1143 pages, pp. 189-202.
682. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 604.

Aston Cantlow, Lord Nicholls a mis en évidence qu' « il n'y a pas un unique test qui serait d'application universelle »[683]. Au titre des éléments pris en compte, le même juge note qu'est concerné le financement public de l'autorité, l'exécution de pouvoirs venant de la loi, le fait d'agir à la place du gouvernement ou d'autorités locales et enfin l'exécution d'un service public[684]. Ces éléments se retrouvent dans l'affaire *Datafin*.

Dès lors, les champs de la *judicial review* et du *Human Rights Act*, concernant les « fonctions publiques », ne devraient pas être différents. La méthode utilisée par les juges est similaire, ainsi que les éléments pris en compte. Et pourtant, ce sont bien deux champs d'application différents qui coexistent. Deux choses sont à noter ici.

Premièrement, la définition de la « fonction publique » dans le contexte de la *judicial review* est un élément pris en compte par les juges dans l'application du *Human Rights Act*. Il n'y a pas un cloisonnement étanche entre les deux. Les questions sont posées en termes similaires, il n'y a dès lors pas de raison que les juges n'enrichissent pas leurs réflexions des décisions de *judicial review*[685]. Il est toujours possible de trouver des exemples de jugement mettant en évidence que la *judicial review* ne doit pas être prise en compte[686], ou à l'inverse que les deux ont un champ d'application identique[687]. Mais il est admis que l'approche des cours quant à la « fonction publique » dans le cadre du *Human Rights Act* s'inspire clairement de la *judicial review*[688].

Deuxièmement, bien que prises en compte, les décisions sur le champ de la *judicial review* ne sont pas déterminantes. Ce n'est pas parce que la *judicial review* n'est pas acceptée dans un cas, que le *Human Rights Act* ne devra pas s'appliquer. Comment est justifiée cette rupture ? Elle l'est par le fait que les contextes sont différents. Cela ressort clairement des propos de Lord Hope dans l'affaire *Aston Cantlow*. Le Lord souligne que les conséquences de la qualification d'une fonction comme étant publique ne sont pas les mêmes suivant que la question est posée en *judicial review* ou

683. *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v. Wallbank* [2004] 1 AC 546, [12] (Lord Nicholls).
Voir aussi *YL v. Birmingham City Council and others* [2008] 1 AC 95, [103] (Lord Mance).
684. *idem*.
Voir le tableau récapitulatif proposé par les auteurs du *De Smith's Judicial review*, (6e éd., *op. cit.*, pp. 157-161).
685. *R. (on the application of Heather) v. Leonard Cheshire Foundation* [2002] EWCA Civ 366, [36] (Lord Woolf CJ) ; *Poplar Housing and Regeneration Community Association v. Donoghue* [2002] QB 48, p. 69 (Lord Woolf) ; *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v. Wallbank* [2004] 1 AC 546, [52] (Lord Hope) ; *YL v. Birmingham City Council and others* [2008] 1 AC 95, [12] (Lord Bingham), [87] (Lord Mance) et [156] (Lord Neuberger).
686. *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v. Wallbank* [2004] 1 AC 546, [87] (Lord Hobhouse).
687. *R. (on the application of Heather) v. Leonard Cheshire Foundation* [2001] EWHC 429, [17] – [29] (Stanley Burton J.).
688. *Poplar Housing and Regeneration Community Association v. Donoghue* [2001] EWCA Civ 366, [65] (i) (Lord Woolf).

dans le cadre du *Human Rights Act*[689]. Dans ce dernier cas, cela conduira à l'application d'un ensemble de règles particulières, différentes de la celles de la *judicial review.* Il sera alors nécessaire, pour leur interprétation, de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, tant sur le champ de la Convention européenne que sur la substance des droits protégés. La Convention européenne repose sur des notions autonomes, qui se distinguent des notions similaires de pur droit interne[690]. De plus, l'État devra assumer la responsabilité internationale pour les violations commises par ces autorités qui ont des fonctions publiques. Enfin, celles-ci, en tant qu'autorités publiques, ne pourront se prévaloir des dispositions de la Convention européenne. Il est nécessaire pour les juges d'avoir conscience des conséquences différentes auxquelles conduit la qualification de « fonction publique » dans le contexte de la *judicial review* et du *Human Rights Act*[691]. De cette différence de contexte, il découle une différence de signification d'une notion *a priori* commune. Cela met bien en évidence la relativité des notions. En ce sens, l'existentialisme s'exprime aussi en Angleterre.

Enfin, troisièmement, le *Human Rights Act* prévoit explicitement la possibilité d'être appliqué par toute voie de droit, donc y compris la *judicial review*[692]. Bien plus, il est possible d'affirmer qu'un requérant qui peut user de la *judicial review* peut aussi invoquer le *Human Right Act*[693]. Cela signifie, *a contrario*, que la *judicial review* n'est pas le seul moyen ouvert aux requérants pour faire respecter la Convention européenne. Ainsi, dès lors que des droits privés sont en cause, le *Human Right Acts* pourra jouer, sans pour autant rendre obligatoire la *judicial review.* Cependant, certains auteurs peuvent affirmer qu'un requérant qui serait titulaire d'un droit provenant du *Human Rights Act* contre une autorité publique, au sens de ce texte, pourrait demander à le faire respecter par la voie de la *judicial review* dans une affaire où cette dernière n'est en principe pas ouverte[694]. Si une telle possibilité était reconnue par les juges, cela signifierait que le *Human Rights Act* peut être un élément élargissant le champ de la *judicial review.* En attendant, force est de constater que le champ d'application du texte est plus important que celui de la procédure judiciaire ici étudiée.

---

689. [52]. Voir aussi dans la même décision, les propos de Lord Hobhouse ([87]).
Voir aussi *YL v. Birmingham City Council and others* [2008] 1 AC 95, [87] (Lord Mance) et [156] (Lord Neuberger).
690. *R. (on the application of Heather) v. Leonard Cheshire Foundation* [2002] EWCA Civ 366, [36] (Lord Woolf CJ). WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., pp. 156-157.
691. CANE (P.), « Accountability and the Public/Private Distinction », voir p. 259 in *Oxford Essays in Jurisprudence,* 3e série, sous la dir. de J. Eekelaar et J. Bell, *op. cit*.
692. Section 7(1) et (3). Voir WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial review*, 6e éd, *op. cit.*, pp. 155-156 ; OLIVER (D.), « Functions of a Public Nature under the Human Rights Act », *op. cit.*, pp. 346-348.
693. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 831-832.
694. Telle est l'opinion de Paul Craig : *ibid.*, pp. 849-850.
Voir aussi : BAILEY (H.S), « Judicial review and the public procurement regulations », *Public Procurement Law Review*, 2005, pp. 291-312, p. 298 et p. 301.

On le voit au travers de cette rapide comparaison, une même notion peut avoir un sens différent selon le contexte. La casuistique, c'est-à-dire la prise en compte des éléments de contexte de chaque affaire, explique une telle différence des définitions. Aucune notion, ou expression, n'a de sens *a priori*. Le sens s'acquiert au fil des affaires. Et ce sont les juges qui donnent du sens, ou plutôt des sens, à ces notions.

III. Conclusions : le rôle fondamental du juge dans la détermination du champ des recours

La conclusion est simple et commune aux deux systèmes juridiques. Le rôle des juges dans la détermination du champ des recours est fondamental. Tant en Angleterre qu'en France, les juges ont un rôle déterminant dans la définition du champ du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review*. Au-delà d'un simple constat, cette affirmation repose sur des arguments qui illustrent la nécessité de laisser une telle place aux juges dans ce domaine (A.). Il en découle une nécessité d'adaptation de l'office du juge à cette mission. En cela, un débat nous paraît révélateur de la difficile prise de conscience de ce point en France. Il s'agit de la question de la motivation des décisions de justice. Bien souvent très (trop) concises, elles ne permettent pas, à l'inverse du système anglais, de prendre pleinement conscience du rôle des juges en ce domaine (B.).

A. La reconnaissance de la place fondamentale des juges dans la détermination du champ des recours

Laisser et reconnaître un tel rôle aux juges est nécessaire afin de permettre les évolutions utiles au champ des recours (1.). Celles-ci sont permises par la méthode utilisée des deux côtés de la Manche : une méthode reflétant l'utilisation du faisceau d'indices, basée sur une approche casuistique (2.).

1. La place nécessairement centrale des juges

Il est nécessaire de donner le rôle central aux juges dans la définition du champ des recours.

Cela se justifie par deux arguments connexes. D'une part, l'utilisation de notions floues permet d'adapter la jurisprudence aux évolutions de contexte. Comment imaginer que le service public puisse avoir la même signification aujourd'hui que dans les années soixante[695] ? Dans ses conclusions sur l'arrêt *APREI*, le commissaire du Gouvernement Verot mettait clairement en avant cet argument pour justifier l'usage de la méthode du faisceau d'indices par le juge. « Nous pensons aussi » écrit-elle « qu'il faut retenir, non une définition étroite reposant sur des critères cumulatifs, mais la technique du faisceau d'indices, qui est la seule méthode susceptible de permettre à la jurisprudence d'évoluer en même temps que les formes de services publics »[696]. De même, elle expliquait l'usage du critère de la puissance publique dans l'arrêt *Narcy* par le contexte dans lequel il a été rendu. En effet, « à l'époque, il pouvait paraître naturel que le bon accomplissement d'une mission de service public nécessite toujours la détention de prérogatives de puissance publique, autrement dit de pouvoirs de contrainte sur les usagers et sur les tiers. Souvenons-nous que c'était l'Occupation, puis l'après-guerre, qui ont vu la mise en place d'une économie administrée »[697].

De même, en ce qui concerne l'Angleterre, la conception retenue au terme de l'affaire *Datafin* repose sur une volonté des juges d'être plus proches des réalités de l'action publique. Les missions administratives ne sont plus de simples missions d'exécution de la loi. Les personnes publiques peuvent agir sur d'autres fondements. Mais, plus intéressant encore dans le cadre de l'affaire *Datafin*, une autorité privée qui voit son activité réglementée par une personne publique sera considérée comme accomplissant une « fonction publique ». Cette qualification justifie que soit admise la procédure de *judicial review*. Cela a permis son extension aux fonctions de régulation de l'activité économique par l'État[698]. La prise en compte d'éléments comme le soutien législatif apporté à une autorité privée, ou encore l'application du test du « but for », révélant tous deux la volonté du gouvernement, lient inextricablement le champ de la *judicial review* et le champ de la fonction étatique existant au jour de la décision. Plus récemment, ce sont les débats sur la contractualisation comme mode d'administration qui ont posé les plus grands problèmes. Une partie importante de la doctrine milite pour renouveler l'approche des juges. La simple présence d'un contrat de délégation d'une fonction ne devrait plus être, selon elle, une barrière infranchissable

695. Voir en ce sens : LATOURNERIE (R.), « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou Jouvence ? », *EDCE* 1960, pp. 61-159 notamment pp. 113-116, p. 121 ; NIZARD (L.), « À propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner », *Dalloz* 1964, pp. 147-154.
696. CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. 92, p. 100.
697. *ibid*., p. 98.
698. YEUNG (K.), « Competition law and the public/private divide », pp. 121-153, notamment pp. 121-122 in *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby et Mark Freedland, Ed. Panthéon Assas, Paris, 2004.

pour les principes de droit public[699]. Cela démontre bien que les éléments pris en compte par les juges sont utiles pour permettre l'évolution du champ de la *judicial review.* Celle-ci n'a pas vocation à rester figée.

Que ce soit en France ou en Angleterre, concernant le recours pour excès de pouvoir ou la *judicial review*, on peut affirmer avec François Terré affirmant, à propos des qualifications juridiques, que « l'on pourrait […] concevoir qu'un droit se modifie de fond en comble par leur seule transformation. Les règles juridiques applicables demeureraient les mêmes et pourtant tout serait changé. Il est d'ailleurs illusoire de chercher à fixer de manière définitive les contours des qualifications »[700]. La mouvance des qualifications, des notions, est nécessaire à l'adaptabilité du droit. Dit autrement, « le droit ne saurait être considéré comme un élément isolé, séparé du reste de la société ; c'est au contraire le produit de l'évolution sociale : les concepts qu'il utilise ne sont pas neutres, autonomes, intemporels, mais intimement et indissolublement liés aux valeurs sociales dominantes »[701]. Cette adaptation de la règle de droit aux évolutions passe nécessairement par la casuistique[702]. Il s'agit, ni plus ni moins de « rationaliser » l'application d'une règle générale[703] en prenant en compte le contexte dans lequel elle se trouve[704]. À ce titre, la casuistique comme mode de détermination du champ des recours est incontournable.

La question que nous avons abordée tout au long de ces développements est la suivante : quelles situations faut-il soumettre à un juge particulier ou une procédure particulière, et par voie de conséquence, dans la plupart des cas nous le verrons, à un droit particulier ? La réponse ne peut pas être mécanique. Elle ne peut pas être la même selon les époques. Qui est, dès lors, mieux à même

699. ARROWSMITH (S.), « Judicial Review and the Contractual Powers of Public Authorities », *LQR* 1990, pp. 277-292 ; HUNT (M.), « Constitutionalism and the Contractualisation of Government in the United Kingdom », pp. 21-39, in *The Province of law*, sous la dir. de M. Taggart, *op. cit*. ; CRAIG (P.), « Contracting Out, the Human Rights Act and the Scope of Judicial Review », *LQR* 2002, pp. 551-568 ; BAILEY (S.H.), « Judicial review and the tendering process. A note on R. (on the application of Menai Collect Ltd and North West Commercial Services Ltd) v Department of Constitutional Affairs and Swift Credit Services Ltd (Interested Party) and R. (on the application of Gamesa Energy UK Ltd) v National Assembly for Wales », *PCLR* 2007, pp. 444-463 ; DAVIES (A.C.L.), *The Public Law of Governments Contracts*, *op. cit*.

700. TERRE (F.), « Volonté et qualification », pp. 99-123, p. 122 in *Le rôle de la volonté dans le droit*, *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, Paris, 1957.

701. CHEVALLIER (J.), « Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général », *op. cit.*, pp. 49-50.

702. Ainsi, « la casuistique paraît d'autant plus indispensable que le droit ne pourra jamais faire l'économie de notions ambiguës ; c'est le cas, non seulement de notions qui renvoient, comme la causalité, à des concepts insondables, mais aussi à des notions concrètes » : « Casuistique » in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. D. Alland et S. Rials, PUF, Paris, 2003, pp. 169-172, p. 170.

703. *ibid*., p. 171.

704. *ibid*., p. 170.

Pour une vision similaire voir : EISENMANN (C.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications », pp. 289-305, in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Charles Leben, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2002 ; WACHSMANN (P.), « La jurisprudence administrative », pp. 564-598, p. 569, *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit.*

que le juge pour jouer ce rôle d'adaptation aux évolutions sociétales ? Question rhétorique. Le juge, qu'il soit anglais ou français, est aux prises directes avec les faits. Il en prend connaissance et les évalue au regard du contexte dans lequel ils s'inscrivent. En cela, et malgré la continuité des notions qui sous-tendent la compétence des juges, la jurisprudence sait évoluer pour suivre l'évolution des attentes de la société. C'est cette prise quotidienne avec les faits qui rend logique la compétence des juges dans l'adaptation du droit à la société.

Est-ce à dire que le juge est infaillible et ne se trompe jamais ? La réponse n'est pas aussi évidente. Ce que dit le juge a force de vérité légale. Mais, portant *son* regard sur une affaire, sa réponse ne peut pas faire systématiquement l'unanimité. Il suffit de lire les décisions des juges anglais, éclairantes sur ce point. Des juges peuvent arriver à des conclusions différentes. De même, les conclusions peuvent être similaires, mais se fonder sur des appréciations et des considérations divergentes. L'unanimité de façade des décisions des organes juridictionnels français cache ces oppositions[705]. Mais elles existent. Une décision rendue à une époque par un large consensus des membres de l'organe juridictionnel pourra se voir perpétuer des décennies durant alors que le consensus se fait moins net, préfigurant une évolution jurisprudentielle. L'appréciation portée sur une solution est nécessairement, elle aussi, subjective et dépendra des considérations personnelles de celui qui la porte.

2. Pour la reconnaissance d'une méthode générale fondée sur le faisceau d'indices

Il nous paraît temps aujourd'hui de mettre fin aux catégorisations complexes pouvant mener à des erreurs. Nous l'avons mis en évidence, aucun critère ne peut être trouvé pour déterminer à coup sûr le champ des recours. Cette conclusion vaut aussi bien pour la France que pour l'Angleterre. Cependant, la doctrine française adopte une position différente de la doctrine anglaise face à ce phénomène. La tentative de systématisation qui est opérée est louable à plusieurs égards. Elle permet de dresser des tableaux expliquant la grande majorité des décisions. Tel est le cas au travers des notions de « service public » ou encore de « domaine public ». Elle permet aussi d'apporter une certaine cohérence. À ce titre, le travail doctrinal a notamment un intérêt pédagogique indéniable. Il serait difficile, sans ce travail, d'introduire les étudiants de licence à la matière. Cependant, comme l'affirmait récemment Jean Waline, à propos de la distinction des contentieux, « il n'est pas toujours aisé de systématiser ce qui ne relève pas d'un esprit

705. MacCORMICK (N.), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 2003, ré-impression de 1978, 298 pages, pp. 9-10.

systématique »[706]. Dans le domaine de la détermination du champ du recours pour excès de pouvoir, il apparaît difficile de percevoir un esprit de systématisation chez le juge administratif.

Il nous paraît dès lors plus judicieux d'admettre ce point sans retenue. Il n'y a pas de critère unique. Il n'y en a pas de multiples non plus. Le juge est avant tout guidé par un esprit de pragmatisme. Sans anticiper la suite des développements, il doit toutefois être dès ici précisé que le juge administratif ne décide pas seulement « en droit », *stricto sensu*. Son office ne se limite pas au respect de la hiérarchie des normes. D'autres facteurs entrent en ligne de compte. Ainsi, nous avons pu constater, concernant l'utilisation du critère organique dans l'identification des contrats administratifs, que tant la jurisprudence *Entreprise Peyro*t que l'arrêt *Rispal* s'expliquent par des raisons « extra-juridiques »[707]. Le contexte de chaque affaire n'est pas étranger aux solutions retenues. C'est bien parce que l'action de l'État a changé que la solution jurisprudentielle a évolué. De même, la distinction entre les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux font suite aux développements de l'interventionnisme étatique. À toute époque, le juge fait évoluer sa position pour être au plus près des réalités de l'action administrative.

Dès lors, quelle méthode faut-il adopter pour présenter les solutions jurisprudentielles ? Sur ce point, l'exemple anglais est utile. Sur le fond, le raisonnement des juges anglais et français ne diffère pas fondamentalement. Dans les deux cas, il s'agit de décider de façon casuistique et pragmatique. Le but est toujours de faire évoluer le droit conformément à ce que les cas concrets appellent. La présentation des solutions doit suivre cette logique. La question ne doit pas être : quand le juge administratif est-il compétent ? La réponse à cette question est forcément contingente et nécessite des correctifs fréquents. La question qui doit guider la doctrine est la suivante : pourquoi le juge administratif est-il compétent ? Dans ce cas, la recherche ne s'axe plus sur une recherche d'un ou plusieurs critères(s). Elle se fonde plutôt sur le raisonnement des juges afin d'en faire ressortir les éléments pertinents ayant justifié telle ou telle solution. La perspective est ainsi inversée. Il n'est plus question de rechercher en amont une quelconque cohérence d'ensemble au travers de critères ; mais plutôt de déterminer en aval les éléments ayant influencé le juge dans le cas étudié. L'étude de nombreux cas permettra ensuite de mettre en lumière les éléments les plus pertinents, et ceux qui jouent un rôle subsidiaire. En somme, la méthode de la doctrine doit être celle du juge : la méthode du faisceau d'indices. En cela, nous sommes pleinement en accord avec Frédéric Colin lorsque celui conclut à propos de l'utilisation des indices par le juge administratif que

706. WALINE (J.), « Plein contentieux et excès de pouvoir », *RDP* 2015, pp. 1551-1566, p. 1565.
707. Voir s*upra* : Section II, I, A, 2.

cette méthode « répond à la nécessité de décider, dans un contexte qui ne permet pas systématiquement de se baser sur des éléments certains. Empirique, elle constitue donc un « moindre mal » décisionnel »[708]. Souplesse et importance du contexte sont les maîtres mots de la jurisprudence en ce domaine.

Les différentes affaires que nous avons exposées révèlent l'usage d'un faisceau d'indices permettant aux juges de déterminer le champ des recours. Deux idées importantes sous-tendent cette méthode. Premièrement, les éléments pris en compte par le juge sont divers. Quelques exemples peuvent être donnés. Ainsi, entrent en ligne de compte la nature de l'activité, le lien qui unit le requérant à cette activité, la façon dont l'administration a agi, la nécessité de soumettre ou non le litige au juge administratif. Deuxièmement, chaque élément pèse différemment. La solution découlera alors de la confrontation du poids de chaque élément. Tel est le cas de la recherche d'un contrôle renforcé dans le cadre de la jurisprudence *Ville d'Aix-en-Provence*[709]. La position du juge administratif se justifie par la volonté de pallier l'absence de prérogatives de puissances publiques. Dès lors, le faisceau d'indices apparaît à un double niveau. Au premier plan, il constitue une méthode d'identification de ce contrôle renforcé. Au second plan, il apparaît comme fondant l'identification générale des services publics. En présentant les errements du critère matériel, nous avons relevé l'existence de deux méthodes d'identification des services publics. Telle est la présentation doctrinale classique. À notre sens, cette vision doit être abandonnée. Il doit être admis que l'identification des services publics repose uniquement sur le faisceau d'indices.

Deux arguments nous font conclure en ce sens. D'une part, chacun des trois éléments d'identification du service public résultant de la jurisprudence *Narcy* repose, plus ou moins, sur une définition contingente, déterminée par un faisceau d'indices. D'autre part, la qualification même d'un service public dépend, en elle-même, d'un faisceau d'indices. En une phrase, il est possible de dire que cette méthode sert à déterminer le tout, mais aussi ses éléments.

Le premier argument a déjà été vu[710]. La présence de chaque élément repose sur la réunion d'indices réunis par le juge. Il en va ainsi pour déterminer la présence d'un intérêt général, de l'importance donnée à une activité, du contexte dans laquelle elle est prise en charge, de l'appréciation dont elle fait l'objet par la société ; de même concernant le contrôle d'une personne publique, le juge retient différents éléments comme la création de l'organisme, la nomination de ses

708. COLIN (F.), « L'utilisation des indices concordants en droit administratif », *AJDA* 2007, pp. 18-23, p. 23.
709. Voir *supra* : Section I, II, A, 1, d.
CE, Sect., 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence*, rec. 155 ; *RFDA* 2007, p. 812, concl. Seners ; *RFDA* 2007, p. 821, note Jean-Claude Douence ; *AJDA* 2007, p. 1020, chron. Frédéric Lenica.
710. Voir *supra* : Section I, II, A, 1, d.

membres, le contrôle de l'activité, son mode de financement, constituant eux-mêmes autant d'éléments au poids incertain[711] ; enfin, la qualification d'un pouvoir comme étant une prérogative de puissance publique varie selon le contexte, signe là encore que plusieurs éléments entrent en compte[712].

Pour ce qui est du second argument, la lecture combinée de l'arrêt *APREI* et de l'arrêt *Narcy* est révélatrice. Dans le premier arrêt, il apparaît que le contrôle renforcé joue un rôle palliatif. Il n'intervient qu'en l'absence de prérogatives de puissance publique. Dans le second arrêt, le Conseil d'État retient que pour permettre aux centres techniques industriels « d'exécuter la mission d'intérêt général qui leur est ainsi confiée et d'assurer à l'administration un droit de regard sur les modalités d'accomplissement de cette mission, le législateur a conféré aux centres techniques industriels certaines prérogatives de puissance publique et les a soumis à divers contrôles de l'autorité de tutelle ». Au regard des termes de l'arrêt, les prérogatives de puissance publique ne sont qu'un indice de la qualification de service public. Ce n'est que par la suite que la doctrine et la jurisprudence en ont fait un « critère ». Dans cette optique, le juge a pris en compte cet élément pour déterminer l'existence d'un « droit de regard » au profit de la personne publique. Il ne constituait alors qu'un indice. La formulation de l'arrêt *Narcy* est claire sur ce point. Les analyses de Marcel Waline et André de Laubadère au moment de l'arrêt le confirment[713]. Le premier relève qu'avec cette décision *Narcy* le juge ne donne pas une définition claire du service public. En effet il souligne qu' « enfin le Conseil s'est donné la peine d'énumérer un certain nombre d'indices auxquels on peut s'attacher pour en reconnaître le caractère à une activité donnée »[714]. Quant au second, il note que « pour que l'on se trouve en présence d'un véritable service public, il ne suffit pas que l'activité de l'intéressé présente un caractère d'intérêt général ; il faut que les pouvoirs publics aient introduit dans le régime de l'activité en question des éléments exorbitants du droit commun (prérogatives, sujétions, contrôle) *suffisamment nets* pour qu'ils expriment l'intention de créer un véritable service public »[715]. Étudiant l'application de cette méthode en l'espèce, il ressort de l'analyse du Conseil d'État que « ce faisceau d'éléments exorbitants a été jugé suffisant » pour identifier un service public en l'espèce[716]. Ainsi, la formule de l'arrêt *APREI* prend un sens nouveau. Il n'est plus tellement question de pallier l'absence des prérogatives de puissance publique comme critère, mais comme élément du faisceau d'indices déterminant l'existence d'un « droit de regard » sur l'activité. Cette idée se retrouve très tôt exprimée

711. JANICOT (L.), « L'identification du service public géré par une personne privée », *RFDA* 2008, pp. 67-79, 71.
712. Voir les observations de Jacques Moreau sur l'affaire *Mme Pascau* (CE, 19 décembre 1988, rec. 459 ; *AJDA* 1989, pp. 271-272).
713. Note sous l'arrêt *Narcy* (CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, rec. 401 ; *RDP* 1963, pp. 1186-1190).
714. *ibid*, p. 1187.
715. Observations André de Laubadère sous l'arrêt Narcy, *AJDA* 1964, p. 92 (c'est nous qui soulignons).
716. *idem*.

dans les conclusions de commissaires du Gouvernement. Notamment, cet argument ressort nettement dans celles rendues par Jean Kahn dans l'affaire *Arcival*, en 1969[717]. La question était de savoir si les S.A.F.E.R, personnes morales de droit privé, géraient des services publics. Pour le commissaire du Gouvernement, « un service public se définit d'un côté par son objet, c'est-à-dire par sa finalité, et, de l'autre, par les moyens mis en œuvre »[718]. Le premier élément ne fait aucun doute dans l'esprit du commissaire du Gouvernement qui relève la présence d'un « *intérêt public considérable* » dans l'œuvre de réforme agraire réalisée par les S.A.F.E.R[719]. Quant aux moyens, il est noté que « la jurisprudence subordonne la qualification de service public à deux séries de conditions ; les unes sont relatives aux sujétions qui sont imposées à la personne morale chargée de l'exécution, et, les autres, aux prérogatives de puissance publique qui lui sont accordées pour l'accomplissement de ses tâches »[720]. Le commissaire Jean Kahn précise alors la relation qu'entretiennent les deux éléments : « il nous semble que, complémentaire jusqu'à un certain point, les deux conditions sont aussi, dans une certaine mesure, alternatives. Si l'on considère un organisme doté d'une large autonomie, il faudra exiger qu'il exerce les prérogatives de puissance publique sans lesquelles son action ne se distinguera pas de celle d'une personne morale de droit privé ; mais s'il s'agit, en revanche, d'un organisme qui, placé sous le contrôle direct de l'Administration, peut n'être qu'un simple instrument entre ses mains, il n'est pas besoin, semble-t-il, qu'il dispose de prérogatives qui lui soient propres »[721]. En somme, sujétions et prérogatives sont soumises à une sorte de théorie des vases communicants : plus le niveau de l'un est élevé, moins le niveau de l'autre a besoin de l'être. En l'espèce, les deux éléments sont pleinement remplis pour le commissaire du Gouvernement. L'idée exprimée est révélatrice de l'identification du service public par faisceau d'indices. Elle revient à peser des éléments pertinents, dont l'importance relative peut varier. Si un élément fait défaut ou est moins important, cela peut se compenser par le poids d'un ou d'autres éléments[722]. Le tout est qu'*in fine*, un ensemble d'indices se dégage dans un sens (qualification de service public/rejet de la qualification). La même idée se retrouve dans les conclusions de Marcel Pochard dans l'affaire *Ville de Melun*[723]. Après avoir citées les conclusions du commissaire Kahn dans l'arrêt *Arcival*, il en déduit que le Conseil d'État attribue la qualification de service public « à partir d'un certain degré de sujétion ou de dépendance de l'organisme même si les prérogatives de puissance publique sont ténues au point même de disparaître presque

717. CE, 8 décembre 1969, *Sieur Arcival et autres c/ S.A.F.A.L.T.*, rec. 695, concl. Kahn.
718. rec. 698.
719. *idem*. (c'est l'auteur qui souligne).
720. rec. 699.
721. *idem*.
722. Voir dans le même sens la note de M.J. Redor et E. Fatôme sur l'arrêt *Société Textron*, à propos des missions de l'ANFOR (CE, 17 février 1992, *Société Textron*, rec. 66 ; *RA* 1992, pp. 523-527).
723. CE, 20 juillet 1990, *Ville de Melun*, rec. 220 ; *AJDA* 1990, pp. 820-824, concl. M. Pochard.

complètement »[724]. Puis, le commissaire Pochard apporte des précisions, pour ce qu'il appelle « ce faisceau ou de ce degré de dépendance »[725]. Enfin, pour terminer notre démonstration, nous pouvons faire référence aux conclusions du commissaire du Gouvernement Célia Verot dans l'affaire *APREI*[726]. Retraçant l'évolution de la place des prérogatives de puissance publique dans l'identification des services publics depuis *Narcy*, elle en conclut que « la détention de prérogatives constitue donc un indice suffisant pour identifier un service public, mais elle n'est pas toujours nécessaire »[727]. Les prérogatives sont réduites au rôle d'indices, déterminants certes, mais non pas obligatoires. L'absence de prérogatives peut alors être compensée par la présence de sujétions particulières. Quelle méthode est alors à l'œuvre ? Selon le commissaire Verot, « nous pensons qu'il faut retenir, non une définition étroite reposant sur des critères cumulatifs, mais […] la technique du faisceau d'indices »[728]. Puis, elle précise que « si la détention de prérogatives n'est plus toujours nécessaire, il faut tout de même que les indices réunis soient *suffisamment forts* pour renverser la présomption selon laquelle, en principe, des personnes privées n'assument pas un service public. Comme le suggérait le président Kahn, la détention de prérogatives s'avère d'autant moins nécessaire que le contrôle et les sujétions sont forts. Elle l'est aussi d'autant moins que le caractère d'intérêt général de la mission exercée est évident »[729]. L'abandon progressif de la méthode *Narcy* au profit de la seule méthode exprimée dans l'affaire *APREI*, nous semble tout aussi révélateur[730].

Que ce soit *Narcy* ou *APREI*, par le biais du régime exorbitant ou du contrôle renforcé, le but est de mettre en évidence la présence d'une personne publique et la volonté de l'administration. En somme, la qualification d'une activité en service public repose toute entière sur un faisceau d'indices : il permet de prendre en compte les éléments allant dans le sens de la détermination d'un intérêt général et de l'intervention de l'administration ; il contribue aussi à pondérer les éléments en cause.

Ce que la doctrine appelle des « critères » ne sont en fait que des « indices ». Cette conception seule permet d'expliquer la finesse des distinctions opérées par le juge[731]. Les tentatives de critérisation et de systématisation complètes doivent être abandonnées. Il faut admettre, à l'instar

724. *ibid.*, p. 821.
725. *idem*.
726. VEROT (C.), « L'utilité sociale sans le service public : à propos de la mission assurée par le gestionnaire privé d'un centre d'aide par le travail », *RDSS* 2007, pp. 499-517.
727. *ibid.*, p. 508.
728. *ibid*., p. 509.
729. *idem*. (c'est nous qui soulignons).
730. DAVID (J.), « L'arrêt *APREI*, huit ans après », *DA* Octobre 2015, pp. 12-19, notamment p. 15.
731. Nous renvoyons sur ce point aux développements consacrés à la soumission des SPIC et des SPA au juge administratif ou au juge judiciaire : Chapitre I, Section III, I, B, 2.
Pour une conclusion similaire voir : EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t.I, LGDJ, Paris, 1982, 787 pages, p. 152.

de la doctrine et de la jurisprudence anglaises, que c'est par la recherche d'éléments de droit public que le juge fonctionne. Cela appelle deux précisions.

Premièrement, la doctrine n'est pas réduite à un rôle de constatation des éléments pris en compte. Elle se doit de les révéler, de les ordonner, c'est-à-dire de les expliquer et les relier entre elles. Mais cela ne doit pas aller jusqu'à faire des systématisations complètes en recherchant un critère ou un principe qui aurait une vocation explicative quasi-universelle. Son rôle est avant tout d'éclairer les décisions, pas de créer des systèmes parfaits. Une telle recherche est vouée à l'échec car telle n'est pas la méthode du juge. Mais la doctrine doit aussi être force de proposition et de critiques. Un tel rôle est fondamental et l'admission du faisceau d'indices comme méthode générale de réponse à la question du champ des recours ne remet pas cette fonction en cause, bien au contraire.

En second lieu, l'abandon complet de la critérisation permet de révéler l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont jouit le juge. Dans l'étude du cas qu'il a traité, le juge recherche les éléments plaidant en faveur d'une soumission au juge administratif ou au juge judiciaire. Il peut alors choisir les éléments pertinents, mais aussi leur attribuer plus ou moins d'importance. Cela se perçoit dans les cas où la qualification d'un indice dépend d'un contexte. On peut aussi ranger ici les situations où le juge rend nécessaire la présence de plus ou moins d'indices à la fois pour qualifier la nature du litige. Dans ce travail, la place du juge est centrale. En contrepartie de cela, le juge doit être soumis à la critique et à une forme de surveillance. Tel doit être le rôle de la doctrine. Il passe en revanche par un travail plus près des réalités méthodologiques du juge, au risque sinon de ne pouvoir avoir un impact réel sur celui-ci. Pour cela, les études doctrinales doivent partir de la méthode du faisceau d'indices ; exposer les différents éléments que le juge prend en compte ; puis mettre en évidence les combinaisons qui ressortent de la jurisprudence.

B. Une place fondamentale justifiant des réformes de la motivation des décisions juridictionnelles

La reconnaissance du rôle central des juges dans la détermination du champ des recours conduit à renforcer la nécessité d'une réforme dans la rédaction des décisions de justice. Trop laconiques, les décisions de justice françaises ne permettent pas de mettre en évidence les débats qui irriguent la résolution de chaque affaire[732]. Laissant tant les requérants, les avocats que les auteurs

732. Voir en général sur cette question : *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la dir. de F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, Bruylant, Bruxelles, 2012, 308 pages.

dans une obscurité variable, elles ne remplissent pas leur rôle pédagogique (1.). Si un mouvement pour des décisions plus explicites se développe en France, l'Angleterre est, elle, aux prises avec un débat inverse. Figure de proue des systèmes connaissant des décisions de justice très élaborées, elle semble aujourd'hui amorcer un mouvement vers plus de concision (2.). Cependant, la perspective d'une convergence reste improbable (3.).

1. Pour des décisions de justice moins laconiques en France

Puisque le rôle du juge est central dans la détermination du champ des recours, sa mission doit être exécutée avec clarté. Sur ce point, le juge administratif français a du chemin à parcourir tant ses raisonnements sont exposés de façon sibylline. Sur cette question, l'office du juge de l'excès de pouvoir semble plus influencé. De par ses origines hiérarchiques et sa mission limitée au seul contrôle de légalité conduisant à l'annulation de l'acte ou au rejet de la requête, il emploie une motivation plus laconique[733]. En cela, et quand bien même nos propos sont généraux, ils intéressent, et se fondent, en premier lieu sur le recours pour excès de pouvoir. Après un état des lieux sur la motivation des décisions de justice (a.), quelques propositions seront faites afin de l'améliorer (b.).

a. État des lieux de la motivation des décisions de justice en France

La question de la motivation des décisions de justice est fondamentale dans un système juridique. Elle permet de ne pas considérer le rôle des juges comme étant limité à la seule résolution d'un cas d'espèce. Bien plus, elle permet de s'interroger sur les autres dimensions que comportent ces décisions. La motivation doit s'adapter aux enjeux présents dans les litiges. En la réduisant à la portion congrue, c'est en fait le rôle des juges que l'on ne parvient pas à traduire entièrement. Plusieurs arguments peuvent ainsi venir soutenir un tel développement de la motivation (*α.*). Si les décisions des juges administratifs tendent à s'enrichir, le mouvement paraît encore insuffisant (*β.*).

α. Les arguments en faveur d'un développement de la motivation

Le développement de la motivation des décisions de justice poursuit différents objectifs[734].

733. MALHIERE (F.), *La brièveté des décisions de justice. (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, thèse, Dalloz, Paris, 2013, 665 pages, pp. 276-278.
734. PONTHOREAU (M.-C.), « L'énigme de la motivation encore et toujours. L'éclairage comparatif », pp. 5-24 et

Deux principaux sont identifiables.

D'une part, une décision plus explicite, mieux motivée, permet de la rendre plus légitime[735]. En cela, la motivation se tourne vers l'intérieur. Elle justifie la décision en elle-même. Le jugement repose alors sur une base plus solide, car plus claire. Si telle solution a été retenue au détriment de telle autre, les arguments déterminants doivent être mis en évidence. Ils peuvent être discutés et critiqués par la suite. Pour autant, ils existent et justifient le choix de la juridiction. La décision reposera alors sur des fondements certains. La motivation participe aussi en ce sens de la cohérence du droit[736].

D'autre part, la motivation s'adresse aussi, et surtout, aux justiciables. Elle est ici plutôt tournée vers l'extérieur. En premier lieu, son but est pédagogique. Les parties en sont alors les destinataires principaux. Elles peuvent comprendre et mieux accepter la décision rendue[737]. La Cour européenne des droits de l'Homme semble d'ailleurs aussi défendre cette vision d'une motivation qui se doit d'être explicative pour les justiciables[738]. Elle est également profitable au public au sens large, ainsi qu'aux autres juges, chargés de résoudre des litiges similaires dans le futur. La motivation permet en second lieu la prévisibilité du droit[739]. Elle permet aux parties, mais aussi aux autres justiciables potentiels, de connaître les probabilités de succès de leurs recours. Leurs droits se trouvent alors plus clairement définis et peuvent ainsi être mieux défendus. De même, les personnes publiques peuvent mieux appréhender les limites pesant sur leurs actions. La sécurité juridique s'en trouve alors renforcée[740]. Au profit des justiciables, la motivation garantit une meilleure

RIBES (D.), « La motivation des décisions du Conseil d'État », pp. 183-195 in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la dir. de F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, *op. cit*.

735. PERELMAN (C.), « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », pp. 415-426, voir p. 425 in *La motivation des décisions de justice*, *Études publiées par C. Perelman et P. Foriers*, Bruylant, Bruxelles, 1978 ; GJIDARA (S.), « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *Les Petites Affiches* 2004, n°105, pp. 3-20, notamment pp. 3-6 ; GUILLERMET (C.-J.), *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, Paris, 2006, 106 pages, p. 14 ; COHEN (M.) et PASQUINO (P.), *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du Droit,* Rapport final, avril 2013, Mission de Recherche Droit et Justice, 163 pages, p. 14 et p. 22 ; CASTILLO-WYSZOGRODZKA (S.), « La motivation des décisions de justice : perspective comparatiste », *Dalloz* 2014, n°32, pp. 1838-1843, notamment pp. 1839-1840.

736. SILANCE (I.), « La motivation des jugements et la cohérence du droit », pp. 219-231, notamment pp. 226-228 in *La motivation des décisions de justice*, *Études publiées par C. Perelman et P. Foriers*, *op. cit.*.

737 GUILLERMET (C.-J.)*, ibid.*, pp. 46-55 ; BERTHIER (L.), « Regards européens sur l'idée de qualité des décisions de la justice administrative », *RFDA* 2008, pp. 245-251 ; MALHIERE (F.), *ibid.*, pp. 407-424 et pp. 553-561.

Voir aussi : Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, Avril 2012, Conseil d'État, 221 pages, p. 10.

738. BERTHIER (L.) et CAIRE (A.-B.), « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme. De l'intime conviction des jurys d'assises à la conviction des destinataires des décisions de justice », *RFDA* 2009, pp. 677-688.

L'obligation de motivation se voit, d'une façon générale, protégée à des niveaux de plus en plus élevés, que ce soit constitutionnel ou conventionnel : GJIDARA (S.), *ibid*., pp. 13-17.

739. HUSSON (L.), « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », pp. 69-109, notamment pp. 88-93 in *La motivation des décisions de justice*, *Études publiées par C. Perelman et P. Foriers*, *op. cit*. ; GJIDARA (S.), *ibid*., p. 19.

740. DELANLSSAYS (T.), *La motivation des décisions juridictionnelles du Conseil d'État*, Mémoire, Université de

compréhension de la solution, et une meilleure acceptation, nécessaire également à la légitimité de la décision.

L'argument d'une décision mieux motivée pour être mieux expliquée au public peut ainsi être élargi au travail doctrinal[741]. Les constructions des auteurs se fondent principalement sur les silences ou les obscurités des décisions de justice[742]. Or, les décisions de la juridiction administrative sont lapidaires et rendent nécessaires les interprétations. Il est donc temps de mettre fin au laconisme du juge. Sur ce point, la comparaison avec le droit anglais n'est pas inutile.

Disons-le tout de suite, il n'est évidemment ni envisageable ni souhaitable de calquer les méthodes de rédaction des jugements anglais. La rédaction des décisions sous forme d'opinions est aux antipodes du style rédactionnel français. Cette différence s'explique par différents facteurs sur lesquels il n'est pas utile ici de revenir[743]. De surcroît, le style de motivation anglais n'est pas exempt de reproches : la longueur des décisions a un impact négatif sur leur clarté[744]. C'est donc bien à la recherche d'un « juste milieu » qu'il faut procéder[745].

β.Un mouvement déjà amorcé mais insuffisant

Indéniablement, le juge administratif motive de plus en plus ses décisions. Cela était déjà relevé par Yves Gaudemet en 1972, dans sa thèse de doctorat[746]. La doctrine contemporaine se fait

Lille II, année universitaire 2009/2010, 181 pages, 123-127.

741. COHEN (M.) et PASQUINO (P.), *ibid.*, pp. 37-40.
Voir aussi l'intervention de Jean-Paul Martin, lors de la Table Ronde consacrée au thème « À la recherche du meilleur niveau de motivation » (in *La motivation en droit public*, sous la dir. de S. Caudal, Dalloz, Paris, 2013, pp. 275-21. Le juge y affirme notamment que « le risque est qu'en ne se parlant, d'une certaine façon, qu'à lui-même, le juge oublie de parler aux autres, oublie de les prendre dans leur dimension de récepteurs d'un message complexe et qui, par définition, les touche au premier chef » (p. 276), ou encore « le juge, sans sombrer dans l'extraversion excessive, doit prendre de la distance par rapport au seul enchaînement logique que lui dicte le système juridique et se mettre consciemment en position de communiquer un message compréhensible et si possible convaincant à des récepteurs dont les attentes auront été identifiées et prises en compte » (p. 277).

742. VEDEL (G.), « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979-1980, pp. 31-44, p. 36 ; WACHSMANN (P.), « La jurisprudence administrative », pp. 564-598, p. 595 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.

743. MacCORMICK (N.), « The motivation of judgments in the Common Law », pp. 167-194 in *La motivation des décisions de justice, Études publiées par C. Perelman et P. Foriers*, *op. cit.* ; STEPHEN (S.), « La prise de décision par le juge anglais », *RIDC* 1998, pp. 817-819 ; SPENCER (J.), « Quelques observations préliminaires », *RIDC* 1998, pp. 823-826 ; KIRBY (M.), « Judicial dissent – common law and civil law traditions », *LQR* 2007, pp. 379-400 ; COHEN (M.) et PASQUINO (P.), *ibid.*, pp. 42-43, pp. 45-82 et pp. 132-135 ; PATERSON (A.), « Decision-making in the UK's top court », *CJICL* 2014, pp. 77-99 ; TEITGEN-COLLY (C.), « La pédagogie dans la rédaction des décisions du juge administratif », pp. 87-106, notamment pp. 87-90 in *Les figures du juge administratif*, sous la dir. de C. Teitgen-Colly, LGDJ, Paris, 2015.

744. CASTILLO-WYSZOGRODZKA (S.), « La motivation des décisions de justice : perspective comparatiste », *Dalloz* 2014, n°32, pp. 1838-1843 ; ANTOINE (A.) et FAIRGRIEVE (D.), « Écrire les décisions de justice... un comparaison franco-britannique », *RDP* 2014, pp. 759-783, p. 776-777.

745. ANTOINE (A.) et FAIRGRIEVE (D.), *ibid*., p. 778.

746. GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, Paris, 1972, ré-impression LGDJ, Lextenso

aussi l'écho de ce développement[747]. Pour finir de s'en convaincre, il suffit d'ouvrir les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative pour comparer les premiers et les derniers arrêts reproduits[748]. Ce mouvement n'est pas propre au Conseil d'État. La nomination de Laurent Fabius à la tête du Conseil Constitutionnel a marqué une évolution dans la rédaction des décisions de cet organe[749]. Depuis deux décisions QPC du 10 mai 2016, ses décisions sont rédigées dans un style plus direct, marqué par l'abandon du « considérant »[750]. Le souhait affiché est de rendre la lecture plus simple, mais aussi de développer la motivation de la décision rendue.

Ce mouvement vers une motivation plus explicite, plus précise, est évident. Il est pourtant insuffisant. En effet, dans son étude de la rédaction des décisions de justice, Mathilde Cohen note que « les motivations françaises, en dépit de leur ambition de toucher des audiences externes, restent souvent cryptiques et difficilement accessibles aux non-initiés »[751]. Nous dirions même qu'elles le sont surtout aux non-initiés, mais pas seulement. Les décisions du juge administratif n'apparaissent pas toujours claires non plus pour les professionnels du droit. Tel est le cas de la médiatique affaire *Dieudonné*. En janvier 2014, son spectacle « Le Mur » avait été légalement interdit par différents maires, principalement pour des propos discriminants et portant atteinte à la dignité humaine[752]. En février 2015, le nouveau spectacle de Dieudonné est, quant à lui, autorisé[753]. Le fondement de cette autorisation, ainsi que l'évolution dans le raisonnement du juge, en un an d'écart, restent toujours soumis à interprétation[754]. Est-ce à dû l'argumentation légèrement différente

éditions, Paris, 2014, 321 pages, pp. 76-77.

747. DONIER (V.), « Style et structure des décisions du Conseil d'État : vers une évolution culturelle ? », pp. 197-207 in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la dir. de F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, *op. cit.* ; PETIT (J.), « La motivation des décisions du juge administratif français », pp. 213-230 voir p. 215, in *La motivation en droit public*, sous la dir. de S. Caudal, *op. cit.* ; ANTOINE (A.) et FAIRGRIEVE (D.), *ibid*., p. 774-775 ; TEITGEN-COLLY (C.), *ibid.*, pp. 95-99.

748. Dans les dix premiers arrêts du Conseil d'État reproduits, un seul dépasse la demi-page (c'est l'arrêt *Botta*, rendu par le Conseil d'État le 8 juillet 1904, GAJA 21e éd., n°13, pp. 75-76) ; dans les dix derniers arrêts du Conseil d'État reproduits, tous font plus d'une page et la plupart en font plusieurs.

749. PORTMANN (A.), « Les Sages renoncent au « considérant » », *Dalloz Actualité*, 12 mai 2016. Voir aussi le communiqué du Président Fabius sur le site internet du Conseil Constitutionnel, en date du 10 mai 2016 (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/communique-du-president-du-10-mai-2016.147341.html).

750. CC, 10 mai 2016, *Mme Eve G*., décision n°2016-539 QPC ; *Société Groupement civil foncier rural Namin and Co* n°2016-540 QPC.

751. COHEN (M.) et PASQUINO (P.), *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du Droit, op. cit.*, p. 40. Voir aussi : TEITGEN-COLLY (C.), *ibid*., pp. 99-106.

Voir pour un exemple récent de décision mal comprise : RENAUDIE (O.), « La communication du juge administratif à l'égard du grand public », pp. 125-136, notamment p. 128 in *Les figures du juge administratif*, sous la dir. de C. Teitgen-Colly, *op. cit*.

Voir aussi : MUZNY (P.), « À quand une véritable culture des droits de l'homme en France ? », *JCP G,* n°38, 2011, pp. 1638-1640 ; AUBY (J.-B.), « Rédaction des jugements », *DA*, n°6, 2012, repère 6 ; PETIT (J.), *ibid*., pp. 213-230.

752. CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala*, rec. 1 ; CE, ord., n° 374528, 10 janvier 2014 ; CE, ord. n°374552, 11 janvier 2014.

753. CE, ord., 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne*, rec. 55.

754. SAILLANT-MARAGHNI (E.), « Interrogations sur la nouvelle ordonnance *Dieudonné* », *AJDA* 2015, pp. 1658-

des parties ? À un changement dans le contexte général ? À la différence dans le fond du spectacle ? Aucun de ces éléments n'est retenu de façon claire et déterminante par le juge dans sa décision. Des interrogations similaires portaient déjà, en 2014, sur les fondements des premières ordonnances Dieudonné[755]. Un autre exemple peut être pris, celui des innovations apportées par les arrêts *Société Fairvesta international GMBH* et *Société Numéricable*, rendus tous deux le 21 mars 2016[756]. Le Conseil d'État étend le recours pour excès de pouvoir aux actes dits « de droit souple ». Il est symptomatique de voir que les premiers commentaires de ces décisions soulèvent plus de questions qu'ils n'apportent d'éléments de compréhension de cette évolution : quant aux autorités concernées ; quant aux actes pouvant être considérés comme étant « de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent » ; quant à la catégorie des requérants admis à faire ce recours contre ces actes particuliers ; quant aux délais ; quant aux conséquences de l'annulation de tels actes ; quant au contrôle précisément opéré par le juge[757]. Finalement, ces décisions « marquent un point de départ pour la construction d'une jurisprudence qui reste à préciser, au fil des affaires et en fonction de la variété des actes »[758]. En elles-mêmes, ces décisions restent ainsi très obscures quant à leurs conséquences, même pour la doctrine.

Mathilde Cohen affirme, comme mentionné plus haut, que les jugements sont « difficilement accessibles aux non-initiés » car, selon elle, ils « n'ont pas accès aux motivations exogènes telles que les conclusions éventuelles des avocats généraux ou des rapporteurs publics, les éléments d'explication possibles avancés dans le rapport annuel de la juridiction, les commentaires doctrinaux, etc., qui elles, permettent réellement de comprendre le sens et la portée des décisions de justice »[759]. Nous nous éloignons de cette conclusion. Les éléments mentionnés sont des éclairages ou des points de vue. Ils éclairent indéniablement les solutions retenues ; mais ils ne permettent pas d'en comprendre le sens à coup sûr. À aucun moment ils ne sont inclus dans la décision de justice rendue[760]. Les conclusions des rapporteurs publics, qui, dans la liste de l'auteur, se rapprochent le

1663 ; JAMIN (C.), « Affaire *Dieudonné* : suite et fin ? », *Dalloz* 2015, p. 617.

755. SEILLER (B.), « La censure a toujours tort », *AJDA* 2014, p. 129 ; BROYELLE (C.), « Retour sur l'affaire *Dieudonné* », *AJDA* 2014, p. 473 et *RFDA* 2014, pp. 521-524 ; BARANGER (D.), « Retour sur l'affaire *Dieudonné* », *RFDA* 2014, pp. 525-530 ; ISRAEL (J.-J.), « Une impérieuse raison d'intérêt général. À propos des ordonnances du juge des référés du Conseil d'État des 9, 10 et 11 janvier 2014 (374508-374528-374552) », pp. 269-277 in *L'intérêt général*, *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, Paris, 2015.

756. CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta international GMBH* (rec. 76) et *Société Numéricable* (rec. 88), *AJDA* 2016, pp. 717-726 (note Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet) ; GAJA 21e éd., n°117.

757. Voir la note de Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet.

758. *ibid.*, p. 722.

759. *idem*.

760. PONTHOREAU (M.-C.), « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP* 1994, pp. 747-765, p. 754.

Voir aussi WACHSMANN (P.), « La jurisprudence administrative », voir p. 592, in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit.* : l'auteur souligne que « le risque est alors de prendre les

plus de ce qui pourraient être des éléments déterminants, ne peuvent permettre, dans tous les cas, de comprendre le sens d'une décision. Si les conclusions sont clairement suivies, alors elles ont une utilité indéniable pour comprendre les fondements de la décision. Mais *quid* des décisions rendues contrairement au sens des conclusions ? Ou encore des décisions dont les conclusions ne sont pas publiées ? De même, lorsqu'une décision va dans le sens des conclusions du rapporteur public, peut-on être sûr qu'elles ont été suivies en tous points, notamment concernant les arguments utilisés par le rapporteur ? Sur cette dernière interrogation, la décision *Entreprise Peyrot* est symptomatique[761]. La décision est conforme, quant à son dispositif, aux conclusions du commissaire du Gouvernement. Pour autant, la doctrine a interprété l'arrêt comme s'en écartant quant à la motivation. En somme, les conclusions ne peuvent jamais constituer avec certitude un exposé des arguments ayant déterminé la décision. Le Conseil d'État, sur ce point, est en accord avec cette idée[762].

Le rapport Martin, rendu en Avril 2012 à propos de la motivation des décisions de la juridiction administrative, partage aussi le constat d'une motivation insuffisante[763]. Il formule certaines propositions pour y remédier. Parmi les plus emblématiques, on trouve l'abandon du considérant et de la phrase unique. Ces deux modifications seraient les bienvenues afin de fluidifier et d'aider à la lecture. Les exemples types de jugement rédigés par ce nouveau biais, que l'on retrouve en annexes du rapport, le démontrent. De même, les propositions tendant à développer la motivation, tant en droit qu'en fait, vont dans le bon sens[764]. Notamment, la généralisation du paragraphe conclusif permet de mieux cerner la décision du juge[765]. Cependant, il nous semble que le rapport ne va pas assez loin.

Le Conseil d'État doit en effet exposer plus longuement les éléments déterminants, mais aussi ceux qui ne le sont pas. En ce sens, des décisions comme l'arrêt *Ville d'Aix-en-Provence* ou

---

conclusions pour l'arrêt, y compris lorsqu'il ressort clairement du texte de ce dernier que les conclusions n'ont pas été intégralement suivies ».

761. Voir *supra* sur cette décision : Section II, I, A, 2, a.

762. Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, Avril 2012, Conseil d'État, 221 pages, p. 13.

Voir également : RIBES (D.), « La motivation des décisions du Conseil d'État », p. 187 in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la dir. de F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, Bruylant, *op. cit*.

763. Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, Avril 2012, Conseil d'État, 221 pages.

Voir sur ce rapport en général : *AJDA* 2012, chron. de Rémi Grand, p. 976 ; *AJDA* 2012, Tribune de Marie-Christine Montecler, p. 1249 ; AUBY (J.-B.), « Rédaction des jugements », *DA* 2012, n°6, repère 6 ; PETIT (J.), « La motivation des décisions du juge administratif », *op. cit*. ; LARERE (S.), « Le renouveau de la rédaction des décisions du juge administratif », pp. 107-114 in *Les figures du juge administratif*, sous la dir. de C. Teitgen-Colly, *op. cit*.

Pour une critique des propositions faites, voir : MALAURIE (P.), « Le style des « Cours suprêmes » françaises. - Une recherche constante de l'équilibre », *JCP G*, n°23, 4 Juin 2012, pp. 1127-1132.

764. Voir les propositions n°6, 7, 8, 9, 11 et 13.

765. Proposition n° 13.

APREI montrent le chemin à suivre. Dans ces deux cas, le juge énonce clairement les éléments pris en compte dans leur faisceau d'indices[766]. En exposant ceux-ci, le juge rend plus accessible son raisonnement. Pour autant, la rédaction de ces deux décisions n'est pas pleinement satisfaisante. Nous excluons ici le style rédactionnel en lui-même pour nous concentrer sur les éléments constituant la motivation. Deux éléments peuvent être relevés. Premièrement, bien qu'énonçant les éléments pris en compte dans son faisceau d'indices, le juge n'opère pas de hiérarchisation ni ne donne d'explications quant à l'importance relative de chaque élément. Faut-il que tous les éléments concordent ? Certains sont-ils indispensables et d'autres accessoires ? D'autres éléments peuvent-ils être pris en compte ? En somme, le Conseil d'État s'est contenté d'énoncer les indices. C'est un premier pas important. Mais il est insuffisant. Il est nécessaire de développer la motivation en expliquant la façon dont ils sont pris en compte. Le second point que nous souhaitons souligner est lié au précédent. Ces arrêts manquent cruellement d'explications quant aux raisons de la prise en compte de tels éléments et non d'autres qui auraient pu avoir leur place au sein du raisonnement. Le juge se contente d'utiliser de la donnée brute dans ses arrêts sans l'expliquer ni la détailler. Il nous apparaît fondamental que le juge entre dans une démarche de vulgarisation de sa méthode et des raisons le poussant à choisir telle ou telle solution, tels ou tels éléments. Ce sont des propositions en ce sens que nous souhaitons étudier à présent.

b. Les voies possibles d'amélioration la motivation des décisions de justice française

Plusieurs évolutions nous paraissent nécessaires. Elles portent sur l'accessibilité de la décision de justice et sur la rédaction de la motivation (α.), sur les formulations employées par le juge (β.) et sur la nécessité pour le juge d'envisager et répondre de façon complète au litige (γ.). Il conviendra, en dernier lieu, de traiter de l'allongement des délais que pourraient induire les modifications proposées (δ.). Les propositions faites ne sont bien évidemment pas cloisonnées comme le suggère la présentation. Leur interdépendance sera mise en évidence dans les développements.

766. Voir *supra* : Section II, II, A, 1, d.
DONIER (V.), « Style et structure des décisions du Conseil d'État : vers une évolution culturelle ? », pp. 206-207 in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la dir. de F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, *op. cit.* : l'auteur prend également ces deux arrêts en exemple pour illustrer le développement d'une motivation permettant au juge de clarifier le droit.

α. Une meilleure accessibilité de la motivation par sa diffusion et sa rédaction

Premièrement, il est nécessaire de rendre plus accessible le sens de la décision et donc de sa motivation. Pour cela, il serait utile de faire précéder la reproduction des arrêts sur internet, plus particulièrement Légifrance, par un résumé des points fondamentaux de l'arrêt (problème(s) en cause, solution retenue et motifs pertinents). Un tel procédé se retrouve sur la base juridique *Westlaw* pour les décisions anglaises notamment. Ce résumé est suivi des jurisprudences pertinentes. Un procédé similaire permettrait au lecteur d'aborder la décision avec les éléments les plus fondamentaux. Sans toucher à la motivation en elle-même, cela faciliterait sa compréhension par le lecteur. La rubrique « Analyses », que l'on retrouve sur le site du Conseil d'État ne remplit pas pleinement ce rôle. La description de l'apport de l'arrêt reste très superficielle et incomplète. De plus, il ne serait pas inutile d'étendre un tel procédé à toutes les décisions de justice.

Deuxièmement, la rédaction même de la décision doit être améliorée. Ainsi que l'affirme Lord Neuberger « la brièveté est une vertu, mais, comme toutes vertus, elle ne doit pas être excessivement suivie »[767]. Il est important que la rédaction soit plus développée et plus explicite. En cela, le modèle pertinent peut être la rédaction des conclusions du rapporteur public. À l'image des jugements anglais, les conclusions constituent un déroulé exhaustif de l'affaire et des questions soulevées avec une étude complète des arguments pouvant influencer la décision au fond. Le juge pourrait aborder différentes hypothèses réalisables et expliquer le choix de l'une par rapport à l'autre. Cela nécessite d'admettre, comme en Angleterre, que la décision de justice n'est pas tant le résultat d'un véritable syllogisme logique et rationnel, mais plutôt le produit de discours argumentatifs[768]. La rédaction française sous cette forme cartésienne est un trompe-l'œil puisque « le juge tend à présenter sa décision comme la seule possible »[769] et ainsi « alimente la croyance naïve en la pureté du raisonnement syllogistique »[770]. Or, « peu importe la marge de manœuvre interprétative du juge, sa décision est donc toujours un choix entre diverses solutions possibles pour l'issue du litige, puis entre différentes manières de justifier la solution choisie »[771]. Le jugement est ainsi un choix, non une opération mécanique et automatique dont le juge ne serait que l'exécutant.

767. Lord Neuberger, « No Judgment – No Justice », discours donné à la première conférence annuelle du BAILII, 20 novembre 2012, 24 pages, p. 9 (https://www.supremecourt.uk/docs/speech-121120.pdf).
768. GJIDARA (S.), « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *Les Petites Affiches* 2004, n°105, pp. 3-20, pp. 6-10.
769. PONTHOREAU (M.-C.), « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP* 1994, pp. 747-765, voir p. 752.
770. MALHIERE (F.), *La brièveté des décisions de justice. (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, *op. cit.*, p. 112 ; voir généralement pp. 99-114 et pp. 221-229.
771. *ibid*, p. 127.

La rédaction laconique dissimule les débats qui ont lieu entre les différents magistrats, à différentes étapes avant le délibéré, qu'il s'agisse du rapporteur, du réviseur, des membres composant la sous-section chargée de l'instruction, du rapporteur public, et des juges composant la formation délibérante[772]. La décision est le fruit d'échanges multiples et d'arguments différents. Comme le disait un auteur, portant un regard non juridique sur le Conseil d'État : « la justice n'écrit droit que par des voies courbes. Autrement dit, si elle refusait d'errer, si elle appliquait une règle, on ne saurait la qualifier ni de juste ni même de juridique. Pour qu'elle parle juste, il faut qu'elle ait hésité »[773].

Il est nécessaire que sa rédaction, et plus précisément sa motivation, fasse mieux apparaître sa dimension argumentative. Certes, que ce soit dans le cas du jugement anglais ou des conclusions de rapporteurs publics, la rédaction reflète le point de vue de son auteur, en somme un juge, un magistrat, en particulier. Pour autant, le modèle peut s'adapter à un organe. Ici, l'exemple des arrêts de la Cour européenne est pertinent. Sans aller aussi loin que la Cour dans le développement des différents éléments de la décision, une rédaction plus explicite sur chaque question posée ne peut qu'être bénéfique. L'exemple de la Cour de Justice de l'Union européenne est aussi utile[774]. La rédaction de ses décisions a su évoluer, en s'éloignant du style français adopté en premier lieu, tout en conservant un mode de fonctionnement proche des juridictions de l'Hexagone[775]. Tout en rejetant les opinions dissidentes, elle ouvre la possibilité pour les juges de citer, pour les approuver, les conclusions des avocats généraux[776].

Enfin, la clarté de la décision y gagnerait aussi si les juges adoptaient une structuration plus claire. Il serait pertinent, à notre sens, que les juges commencent la rédaction de leurs décisions par un résumé rapide des points importants de l'affaire et de la solution retenue. C'est le modèle que nous avons aussi proposé comme présentation des arrêts sur Légifrance. Toutefois, sa rédaction doit être claire et accessible. Il n'est pas souhaitable que soit opéré un simple copier-coller de certains passages de l'arrêt, comme cela est le cas sur certaines bases juridiques, en en-tête de la décision retranscrite. Une fois ce résumé opéré, le jugement reprendrait un chemin plus classique avec l'établissement des faits, du droit applicable et de la conclusion. Cela permettait au lecteur de savoir

772. COHEN (M.) et PASQUINO (P.), *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du Droit, op. cit.*, p. 89.
773. LATOUR (B.), *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, éd. La Découverte, Paris, 2002, 320 pages, pp. 162-163.
Dans le même sens, Didier Ribes note : « il reste, et on peut le regretter, que la rédaction des décisions ne permet pas de restituer la richesse des débats, la contradiction exigeante qui se déroule au sein de la juridiction » (RIBES (D.), « La motivation des décisions du Conseil d'État », p. 189 in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la dir. de F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, *op. cit.*).
774. BONICHOT (J.-C.), « La communication de ses décisions par la Cour de justice de l'Union européenne ou comment se faire comprendre par 500 millions d'Européens », pp. 143-151 in *Les figures du juge administratif*, sous la dir. de C. Teitgen-Colly, *op. cit.*
775. *ibid*., pp. 145-146.
776. *idem.*

où va le juge, avant de lire le raisonnement en lui-même. Ainsi averti de la conclusion et de ses motifs principaux, il pourra suivre la logique des juges, plutôt que la découvrir, au fil de l'arrêt.

β. Une meilleure formulation de la motivation

Il apparaît nécessaire que le juge abandonne certaines formulations peu explicites. Dans le cas contraire, il pourrait alors en donner la substance. Il s'est déjà engagé dans cette voie avec l'abandon des expressions « clauses exorbitantes »[777] ou encore des fameuses « directives »[778], remplacées par la formule « lignes directrices »[779]. Pour autant, certaines locutions restent encore obscures.

Tel est le cas de « l'erreur manifeste ». Le juge ne la définit pas. Il ne dit pas non plus comment il parvient à la conclusion qu'un acte est entaché d'une erreur manifeste. Dans l'arrêt *Société BB Farma,* le Conseil d'État, en tant que juge de l'excès de pouvoir, affirme « qu'en estimant, pour refuser l'inscription de la spécialité Plavix 75 mg - 28 comprimés sur la liste des médicaments remboursables et sur la liste des médicaments agréés à l'usage des collectivités publiques, en cohérence avec la position exprimée par la commission de transparence de la Haute Autorité de santé dans divers avis, qu'un conditionnement de la spécialité litigieuse, destinée à un traitement chronique, en trente comprimés était davantage de nature à éviter des dépenses de santé injustifiées et à garantir une meilleure adéquation à la délivrance trimestrielle de ce médicament, alors que, par ailleurs, il ne ressort pas des pièces du dossier que le prix proposé par la société requérante pour le conditionnement en 28 comprimés, bien que légèrement inférieur au prix fixé pour la même spécialité sous conditionnement en 30 comprimés, serait de nature à permettre des économies pour l'assurance maladie et que ce prix est, au demeurant, très supérieur au prix des génériques de cette spécialité, le ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes n'a ni entaché son appréciation d'une erreur manifeste, ni méconnu l'objectif de maîtrise des dépenses publiques de santé »[780]. On retrouve ici plusieurs des défauts de la rédaction des décisions du juge administratif : la longueur du considérant, formulé d'un seul tenant, en usant de formules laconiques. Deux expressions ici sont obscures : « erreur manifeste » et « il ne ressort pas des pièces du dossier ». Quant à la première, le juge donne quelques éléments de son appréciation, justifiant la conclusion selon laquelle il n'y a pas d'erreur manifeste commise par le ministre. Mais l'appréciation

777. Voir *supra* : Section II, I, A, 1, b.
778. L'expression provient de l'arrêt *Crédit Foncier de France* (CE, Sect., 11 décembre 1970, rec. 750 ; GAJA 21e éd., n°79).
779. CE, 19 septembre 2014, *Jousselin*, rec. 272.
780. CE, 30 mars 2016, *Société BB Farma*, rec. t. 622.

du juge n'est pas limpide pour autant. La décision gagnerait en clarté si le juge mentionnait ce qu'aurait pu être une erreur manifeste commise par l'autorité publique ici. Cela permettrait de mieux cerner où se situe le seuil au-delà duquel le ministre fait fausse route. Quant à la seconde expression, Yves Gaudemet en relevait déjà le côté lapidaire dans sa thèse[781]. En usant de cette expression, le juge fait l'impasse sur la mention des éléments qui l'ont poussé à décider en ce sens. Ce laconisme rend difficile d'accès le raisonnement du juge. En mentionnant seulement l'existence de pièces du dossier ayant pu influer sur son appréciation, le juge rend une décision peu accessible pour le lecteur.

Les illustrations de formulations lapidaires pourraient être multipliées et diversifiées[782]. Nous pouvons par exemple mentionner l'usage du contrôle de proportionnalité que le juge se refuse à opérer de façon explicite et complète, le juge se contentant d'énoncer que la décision doit être adéquate, nécessaire et proportionnée[783]. On peut également citer la notion de « conditions particulières » incluse dans l'arrêt *Mme Rispal* : celle-ci permet, par exception, de qualifier un contrat entre un concessionnaire et une personne privée concernant la construction, l'exploitation ou l'entretien d'une autoroute, de contrat administratif. L'imprécision de la notion pose question sur les cas et l'étendue de ces exceptions[784].

γ. Une appréciation complète des données du litige et de sa résolution

Deux éléments différents seront ici étudiés. Tous deux sont sous-tendus par une même nécessité : le juge doit apporter la réponse la plus complète possible aux questions soulevées par le litige. D'une part, le juge doit pouvoir mettre en évidence les éléments factuels déterminants de sa décision. D'autre part, il doit répondre à toutes les questions que les requérants lui ont posées.

En premier lieu, le juge doit faire une mention plus explicite et détaillée des éléments suivants : les motifs de droit et de fait ; les solutions envisagées, mais non retenues ; les raisons ayant poussé les juges a ne pas retenir ces solutions alternatives ; les circonstances qui auraient pu conduire à une décision différente. En somme, il nous apparaît utile de développer la technique anglaise de l'*obiter dictum*. Celui-ci est un énoncé ou une étude d'un point qui, bien que ne

781. GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit*., pp. 107-108.
Voir aussi : PONTHOREAU (M.-C.), « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *op. cit.*, pp. 753-755.
782. Pour un ensemble d'expressions utilisées fréquemment par le juge administratif et qui rendent lapidaires la motivation, voir : GAUDEMET (Y.), *ibid.*, pp. 104-113.
783. Nous reviendrons sur ce contrôle dans notre seconde partie.
784. Maxime Boul et Arnaud Duranthon, note sous TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal c/ Société des autoroutes du Sud de la France, Les Petites Affiches*, juin 2015, n°123, pp. 15-21, notamment pp. 18-19.

permettant pas de résoudre directement le litige d'espèce, a rapport avec la question qu'il pose plus généralement[785]. Ces *obiter dicta* permettent aux juges d'anticiper et de résoudre préventivement certains litiges qui pourraient survenir dans le futur[786]. Cela consiste pour le juge à « spéculer sur ce qu'aurait été sa décision, ou aurait pu être, si les faits de l'affaire avaient été différents »[787].

Une telle démarche a plusieurs vertus. Tout d'abord, elle permet d'apporter un éclairage plus large au litige et à la solution donnée par le juge. Ainsi, il serait nécessaire que ces *obiter* utilisés dans la décision de justice française aient un véritable lien avec l'objet du contentieux porté aux juges. Ensuite, grâce à un raisonnement *a contrario*, les *obiter* permettent de déterminer les éléments pertinents ayant justifié la décision d'espèce. En effet, prenons un cas où le juge note que les faits A, B, C et D se sont produits, et que sa décision est X. Si, le juge affirme par la suite que sa décision aurait été différente si l'élément D avait été en fait l'élément E, le poussant à décider Y, on en déduit que l'élément D est nécessaire pour fonder la décision X. De même, si l'absence de C n'altère pas le choix de la décision X, alors il n'est pas un motif pertinent de la décision. Dans ce cas, le regard porté par le juge sur l'affaire est complet. C'est un point que nous avons déjà mentionné dans le cadre de l'expression « erreur manifeste ». Une telle pratique ne semble d'ailleurs pas totalement absente dans la jurisprudence administrative.

Un exemple clair est donné une fois de plus par l'arrêt *APREI*. Le Conseil d'État y expose, selon la classification traditionnelle, trois méthodes d'identification des services publics : l'expression de la volonté du législateur ; la réunion des trois critères classiques d'intérêt général, de contrôle de l'administration et des prérogatives ; et enfin la nouvelle méthode du faisceau d'indices. Mais si cette dernière est exprimée et consacrée par cet arrêt, le Conseil d'État n'en use pas pour autant. C'est en se fondant sur les « dispositions de la loi du 30 juin 1975, éclairées par leurs travaux préparatoires, que le législateur a entendu exclure que la mission assurée » était un service public. Dès lors, c'est bien par un *obiter* que le juge administratif fait état de l'existence de cette méthode pour identifier un service public. En l'espèce, cela s'avérait inutile. Mais cette démarche démontre aussi les carences dans la rédaction de la décision. En posant cette nouvelle technique d'identification, le juge aurait dû la confronter aux faits d'espèce pour déterminer si, en l'absence des dispositions législatives citées, la solution aurait été différente. Permettant de donner un cas concret d'application, cela aurait permis l'élaboration d'une « feuille de route » pour les juges devant user à

785. *Black's Law Dictionary*, sous la dir. de J. R. Nolan et J. M. Nolan-Haley, 6e éd., West Publishing, Saint-Paul,1990, p. 1072 ; KINDER-GEST (P.), *Droit anglais*, 3e éd., LGDJ, Paris, 1997, 622 pages, p. 217 ; WARD (R.) et WRAGG (A.), *Walker & Walker's English Legal System*, 9e éd., OUP, Oxford, 2005, 728 pages, pp. 82-83.
786. PLUG (J.), « Indicators of obiter dicta. A pragma-dialectical analysis of textual clues for the reconstruction of legal argumentation », *Artificial Intellgence and Law* 2000, pp. 189-203, voir pp. 195-196.
787. INGMAN (T.), *The English Legal Process*, 13e éd., OUP, Oxford, 2011, 437 pages, p. 183.

l'avenir de cette méthode. Le Conseil d'État aurait aussi pu donner des indications sur l'importance relative de chaque élément. Certains d'entre eux sont-ils nécessaires, mais non suffisants ? D'autres doivent-ils être considérés comme entraînant seuls la qualification de service public ? L'absence d'un indice peut-elle être compensée par la présence d'un autre ? Il est intéressant de relever que cet arrêt *APREI* a pu être présenté comme une décision où « les détails de la motivation sont poussés à l'extrême »[788]. Du point de vue de la pratique habituelle du Conseil d'État, la proposition est indéniable. Mais la motivation reste encore insuffisante. « Le flou relatif de chacun des éléments composant les deux critères d'identification », c'est-à-dire les méthodes des arrêts *Narcy* et *APREI*, rend le travail définitoire des juges malaisé[789]. Pour preuve, la jurisprudence postérieure ne semble pas toujours appliquer avec cohérence la méthode définie par cet arrêt[790].

Au-delà du cas particulier de cette affaire, les formules telles qu' « il en va autrement », « il en va cependant autrement » ou « il en va toutefois autrement » sont des exemples d'une certaine utilisation de l'*obiter*. Elles mettent en lumière une ou des exceptions à un principe. Cette pédagogie se retrouve lorsque le Conseil d'État statue en excès de pouvoir. Ainsi dans un arrêt *Chambre nationale des professions libérales*, les juges du Palais Royal affirment que « lorsque, à l'occasion d'un litige relatif à un arrêté par lequel le ministre étend une convention ou un accord collectif de travail, qui relève de la compétence de la juridiction administrative, une contestation sérieuse s'élève sur la validité de cette convention ou de cet accord, il appartient au juge saisi du litige de surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité judiciaire se soit prononcée sur la question préjudicielle que présente à juger cette contestation ; que, toutefois […] il en va autrement s'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence bien établie, que la contestation peut être accueillie par le juge au principal »[791]. La seconde proposition vient au support de la décision finale. Le Conseil d'État considère qu'une telle jurisprudence existe, justifiant qu'il tranche directement le recours. Le rappel de la position de principe ne permet pas ici de régler le problème. En ce sens, cela semble être un *obiter* du juge. Le juge se fait peu explicite sur les appréciations à porter dans l'application de la règle utilisée. Que signifie qu'il apparaît « manifestement » au juge quelque chose ? Qu'est-ce qu'une « jurisprudence bien établie » ? Surtout, quelle est la relation entre ce qui apparaît manifeste et la présence d'une jurisprudence bien établie ? Est-ce manifeste parce que la jurisprudence est bien établie, révélant ici un pléonasme ? Ou bien alors doit-il ressortir manifestement que le juge peut

788. WACHSMANN (P.), « La jurisprudence administrative », voir pp. 592-593 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit.*
789. LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), BOITEAU (C.), et DEFFIGIER (C.), *Droit des services publics*, 2e éd., Lexis Nexis, Paris, 2015, 759 pages, p. 13.
790. DAVID (J.), « L'arrêt *APREI*, huit ans après », *DA* 2015, pp. 12-19 notamment pp. 14-16.
791. CE, 10 juillet 2015, *Chambre nationale des professions libérales et a.*, n°376775.

accueillir la contestation alors même que la jurisprudence est bien établie ? Dans le premier cas, l'idée de « manifeste » est une formule sans impact ; dans le second, elle joue un rôle réducteur, ne permettant d'accueillir la demande que s'il apparaît manifestement au sein d'une jurisprudence bien établie que le juge y est habilité. Encore autant de questions pour lesquelles la rédaction de la décision n'apporte pas de réponse[792].

Le Conseil d'État use parfois d'une expression similaire, mais formulée au conditionnel. Il l'utilise toutefois beaucoup moins. C'est ainsi que dans l'arrêt *Communauté d'Agglomération Angers Loire Metropole* le Conseil précise que « l'annulation par le juge administratif d'une délibération fixant le taux de taxe professionnelle au titre d'une année déterminée est de nature à entacher d'illégalité la délibération de l'année qui suit ayant le même objet ; *qu'il n'en irait autrement que si* la collectivité publique intéressée établissait que le taux fixé par cette délibération n'excédait pas le niveau maximum qui pouvait être légalement fixé en appliquant les modalités prévues au b) du 1 du I de l'article 1636 B sexies du code général des impôts au taux arrêté au titre de l'année précédant celle au titre de laquelle le taux a été annulé »[793]. Cette formulation permet d'apporter une exception à un principe. Pour autant, et la différence est importante, lorsque le Conseil d'État l'emploie au conditionnel, c'est pour appliquer le principe et écarter l'exception. C'est ainsi que dans l'affaire précitée, le juge applique la première proposition.

Ces trois séries d'exemples mettent-elles véritablement en évidence des *obiter dicta*, au sens anglais de l'expression ? Certainement pas, et ce pour deux raisons. D'une part, les affaires mentionnées utilisent des « simili-*obiter* » dans l'expression de la règle de droit applicable. Dans l'arrêt *Chambre nationale des professions libérales et autres*, il ne s'agit en fait que de la formulation même de la règle sous la forme « principe-exceptions ». D'autre part, et en ce qui concerne surtout l'emploi de formules du type « il en va autrement », l'utilisation de l'*obiter* ne se fait pas sans tout lien avec la résolution du litige. Par cette expression, le juge ne fait que dérouler son raisonnement. Il part de la position de principe puis énonce les possibles exceptions. Les deux propositions sont ainsi intrinsèquement liées. Elles constituent l'ensemble du raisonnement du juge venant au soutien de la solution. Or, un *obiter* peut être retiré du jugement sans que cela n'affecte ni la solution du litige ni la cohérence du raisonnement. Dès lors, de telles formulations constituent des rappels de la position de principe existant. L'*obiter* a lui vocation à imaginer de possibles extensions

792. Cela d'autant plus que les problèmes d'interprétation des conditions de renvoi d'une question préjudicielle ne sont pas rares : PLESSIX (B.), « Le juge administratif, le contentieux de l'aide sociale et l'application du droit civil », *RFDA* 2005, pp. 375-392, notamment pp. 381-385.
793. CE, 30 mars 2009, *Communauté d'Agglomération Angers Loire Metropole,* n°301219 (C'est nous qui soulignons).

de la règle, ou d'autres limites possibles, en se fondant sur des faits non présents dans l'affaire. Il résout un problème qui ne se pose pas dans le cas d'espèce.

En cela, l'arrêt *APREI* est bien plus proche d'un vrai *obiter*. Sans mentionner la méthode de qualification par faisceau d'indices, le juge aurait pu résoudre le cas présenté devant lui. Des exemples plus proches de « vrais » *obiter* existent. Il en va ainsi aussi, par exemple, dans l'arrêt *Rujovic* pour lequel Anne Levade précise que « le Conseil procède par *obiter dictum* »[794]. En l'espèce, en effet, le requérant demande le renvoi auprès du Conseil Constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur différentes lois. Celles-ci portent sur le statut des réfugiés et se trouvent en dehors de l'application du droit de l'Union européenne. Pour autant, le juge suprême de l'ordre administratif va saisir l'occasion pour apporter une précision quant aux rapports entre les mesures que peut prendre le juge pour veiller au respect de l'effectivité du droit de l'Union et de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Rien ne nécessitait cet écart ; il n'était pas non plus utile pour fonder la solution. Tout découle d'une volonté de clarification des positions dans un dialogue à quatre voix entre la Cour de cassation, la Cour de Justice de l'Union européenne, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État[795]. Dès lors, on se rapproche plus de cette idée que l'*obiter* est « quelque chose de dit en passant »[796]. Dans une autre affaire, Gaëlle Dumortier a pu proposer au Conseil d'État de se saisir d'une affaire pour rappeler le refus d'admission du principe d'*estoppel* de dans le contentieux de la légalité[797]. Bien que n'étant pas déterminant dans l'affaire en cause, le rapporteur public relève « qu'il ne vous est pas interdit, si vous vouliez vous saisir de cette occasion, d'en dire un peu plus, par une sorte d'*obiter dictum* » sur ce principe d'*estoppel*[798]. La recommandation sera suivie par le Conseil d'État. La même idée se retrouve lorsqu'est utilisée la formule « qu'il en irait autrement ». La proposition qui suit cette expression ne sert pas non plus la résolution directe du litige. Elle envisage plutôt une solution alternative au cas où les faits auraient été différents.

En second lieu, c'est le principe de l'économie de moyens qu'il faut abandonner. Il permet au juge de faire droit au demandeur ou au défendeur en se fondant seulement sur l'un des moyens de la requête, alors que d'autres auraient pu être tout aussi pertinents[799]. Sa dimension la plus critiquable est celle qui porte sur l'annulation d'un acte sur le fondement d'une seule illégalité alors que d'autres

794. CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, rec. 165 ; *Constitutions* 2010, p. 389, obs. Anne Levade.
795. GAIA (P.), « La Cour de cassation résiste....mal », *RFDA* 2010, pp. 458-466 (note sur l'arrêt de la Cour de cassation du16 avril 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli,* n°10-40.001et 10-40.002 (QPC)).
796. INGMAN (T.), *The English Legal Process*, 13e éd., *op. cit.*, p. 183.
797. CE, 2 juillet 2014, *Société Pace Europe*, rec. 206 ; *AJDA* 2014, pp. 1897-1900, concl. Dumortier.
798. *ibid*., p. 1898.
799. BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, 4e éd., LGDJ, Paris, 2016, 468 pages, pp. 233-234.

vices invoqués l'entachaient aussi. Dans ce cas, l'économie des moyens ne permet pas de vider entièrement le litige[800]. Il obscurcit la réponse que le juge donne aux parties dans sa décision. Précisons que ce principe n'est mis en œuvre que lorsque la demande est acceptée sur le fond. En cas de rejet, le juge a l'obligation de répondre à tous les moyens du requérant[801]. Lorsque le juge utilise ce principe, ce qui est fréquent, il use de formulations sibyllines : « sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens », « sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête » ou encore « sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête ». Les auteurs en mentionnent souvent deux[802], parfois les trois[803]. La troisième expression renvoie aux cas dans lesquels le juge annule l'acte sur le fondement d'un moyen d'ordre public. Dans ce cas, les vices allégués par le requérant ne sont même pas énoncés. Celui-ci a gain de cause, sans que ses questions n'aient eu de réponse. Quant aux deux premières formules, elles reflètent l'annulation par le juge de l'acte sur le fondement d'un seul moyen soulevé par le requérant, les autres n'étant pas mentionnés. Il semble y avoir toutefois une légère différence entre ces deux formulations : lorsque le juge use de la première, cela signifierait qu'en plus du moyen retenu, d'autres auraient pu fonder l'annulation ; alors que lorsqu'il emploie la seconde, les autres moyens soulevés n'auraient pas pu entraîner l'annulation de l'acte[804]. Cette précision sémantique ne se retrouve pas chez tous les auteurs[805], et la lecture des arrêts ne permet ni de soutenir ni d'infléchir une telle distinction.

Quoi qu'il en soit, par ces formules, le juge écarte d'un revers de la main des éléments soulevés par le requérant. L'abandon de ce principe aurait deux grands avantages. Tout d'abord, cela aiderait l'administration qui verrait le cadre de la légalité entourant l'acte être mieux défini. Il n'est pas rare en effet que la personne publique reprenne l'acte annulé, similaire sur le fond, en le vidant de l'illégalité constatée par le juge. Mais, n'étant pas informée des autres vices pouvant l'entacher, l'administration court le risque de prendre un acte contenant une autre illégalité. En répondant à tous les moyens, le nouvel acte risque moins la censure, l'autorité décisionnaire pouvant anticiper partiellement une future contestation. Tout comme la clarté de la rédaction de la motivation permet de mieux définir les bornes de la légalité, l'abandon de l'économie de moyens conduirait le juge à préciser à l'administration « jusqu'où son action respecte la légalité et à partir d'où elle est

800. CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., *op. cit.*, pp. 695-968 ; BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, 4e éd., pp. 233-234 ; GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, 4e éd., Dalloz, Paris, 2017, 615 pages, pp. 458-460.
801. CHAPUS (R.), *ibid.*, pp. 964-965.
802. CHAPUS (R.), *ibid.*, p. 965 (deuxième formule) et p. 966 (troisième formule) ; GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *ibid*, p. 459.
803. ROUQUETTE (R.), *Petit traité du procès administratif*, 7e éd., Dalloz, Paris, 2016, 1635 pages, p. 806.
804. *idem*.
805. CHAPUS (R.), *ibid.*, p. 965 et p. 966 ; GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *ibid*., p. 459.

susceptible d'être sanctionnée »[806]. Ensuite, le second avantage est pour le requérant. Celui-ci a développé des arguments, mis en évidence des vices qui, selon lui, doivent faire tomber l'acte. Ne pas répondre à la totalité de sa requête, c'est le frustrer. L'économie des moyens, qui se justifie par une nécessité de célérité de la justice, se confronte à la nécessité de pédagogie des décisions de justice. Comme le relève Fanny Malhière, « en économisant leurs motifs, les juges suprêmes français centrent leur décision sur la détermination de la solution et non sur son explication »[807]. Comment expliquer au requérant que, malgré la complétude de son argumentation, un seul moyen a été retenu, c'est-à-dire pour lui, étudier avec attention ? Et comment expliquer que l'administration pourra reprendre le même acte, peut-être entaché des vices qu'il avait pourtant déjà relevés dans sa requête ? La rapidité gagnée dans le prononcé du jugement est « une explication à courte vue » pour justifier l'économie des moyens[808]. Sur le long terme, le gain serait plus important si l'administration était mieux éclairée sur les contraintes pesant sur elle, et si le requérant avait une réponse complète à sa requête.

Pour autant, cette proposition soulève des critiques. Elles ont pu se faire entendre notamment lors de l'adoption de la loi S.R.U. du 13 décembre 2000. Réformant le Code de l'urbanisme, le législateur, afin de diminuer le contentieux portant sur des questions d'urbanisme, fait l'obligation au juge, lorsqu'il annule un acte pour excès de pouvoir, de répondre à tous les moyens soulevés par le requérant[809]. Appliqué de façon restrictive par le juge administratif, cet article n'a pas pu porter entièrement ses fruits[810]. Plusieurs critiques ont été portées contre cette réforme.

Pour Seydou Traoré, « faire dépendre la régularité d'un acte administratif d'une décision juridictionnelle qui aura été rendue à partir d'une requête dont on attend qu'elle ait contenu tous les moyens, c'est affranchir les autorités administratives de l'obligation de base de se conformer au droit »[811]. Deux choses ici sont à noter. D'une part, l'abandon de l'économie des moyens ne signifie pas que l'acte repris sera légal du fait de la mise en évidence de tous ses vices antérieurs. Ainsi, des

806. PONTHOREAU (M.-C.), « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *op. cit.*, p. 760.
807. MALHIERE (F.),*La brièveté des décisions de justice. (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation), op. cit.*, p. 89.
808. BAILLEUL (D.), « L'article L.600-4-1 du Code de l'urbanisme : une tentative avortée d'abandon de l'économie de moyens », *Les Petites Affiches* juin 2004, pp. 13-17, p. 17 ; DIEU (F.), « La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? », *AJDA* 2009, pp. 1082-1089 notamment p. 1082, et pp. 1086-1087.
809. Article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme : « Lorsqu'elle annule pour excès de pouvoir un acte intervenu en matière d'urbanisme ou en ordonne la suspension, la juridiction administrative se prononce sur l'ensemble des moyens de la requête qu'elle estime susceptibles de fonder l'annulation ou la suspension, en l'état du dossier ».
810. BAILLEUL (D.), *ibid*.
811. TRAORE (S.), « Obligation de prononcer sur tous les moyens en matière d'urbanisme », *DA* 2001, pp. 28-30, p. 30.

irrégularités autres peuvent apparaître ou ne pas avoir été soulevées par le requérant. En cela, « la décision juridictionnelle prise en application du texte ne peut être considérée comme un brevet de légalité d'un nouvel acte qui serait purgé des vices retenus par le juge pour prononcer l'annulation de l'acte antérieur »[812]. Seulement, le seul fait de répondre à tous les moyens déjà soulevés lors du premier procès permet de donner un éclairage plus précis sur ce que peut et ne peut pas faire l'administration. Les risques d'illégalité seront diminués, ce qui ne veut pas dire réduit à néant. Tel est aussi le regard porté par le Président Labetoulle sur la question. Cette réforme a, pour lui, « le très grand mérite d'éclairer beaucoup plus complètement l'auteur de la décision (et, s'il s'agit d'une autorisation, le bénéficiaire de celle-ci) sur les conséquences de l'annulation et sur la possibilité de reprendre ou non l'acte annulé après l'avoir purgé du vice ayant conduit à son annulation »[813]. D'autre part, rien dans l'abandon de l'économie des moyens ne suppose que l'administration n'ait pas à respecter le droit. Elle doit bien évidemment s'y conformer. Cependant, il revient au juge, en dernier lieu, de dire le droit. En exprimant autant que possible les contraintes juridiques pesant sur l'administration, il lui permettra d'autant mieux de se conformer au droit.

Un autre argument contre l'abandon de ce principe est utilisé par Daniel Chabanol. Celui-ci relève que si le juge refuse de s'appuyer sur d'autres moyens pour annuler un acte, ces derniers ont toutefois fait l'objet d'un débat contradictoire. Il revient alors à l'autorité décisionnaire, si elle veut reprendre son acte, de « s'interroger sur la pertinence de ce moyen et l'apprécier », et dès lors si elle « refuse d'y réfléchir, c'est son affaire, mais qu'[elle] ne vienne pas ensuite pousser les hauts cris lorsque le juge, derechef saisi du même permis pris par l'autorité compétente, s'arrêtera à cette illégalité : le risque a été pris et il n'y a pas de surprise »[814]. Que l'étude contradictoire d'un moyen puisse conduire l'auteur de l'acte à se poser des questions, cela va de soi. Mais en l'absence d'une décision de justice, une certaine incertitude pèse toujours sur la pertinence du moyen qui n'a pas été explicitement traité. D'ailleurs, cela se retrouve dans les termes même utilisés par l'auteur. Selon lui, l'administration doit s'interroger sur le moyen, c'est donc bien qu'il n'y a pas d'entière certitude sur la question. Tel est le cas en l'absence d'une décision de justice sur la question.

La réforme qui a eu lieu dans le contentieux de l'urbanisme doit dès lors être étendue à tout le contentieux administratif. Cette demande se fait encore plus pressante depuis l'attribution au profit du juge administratif d'un pouvoir d'injonction[815]. Les exigences de l'intérêt général militent

812. BONICHOT (J.-C.), « Vers une plus grande sécurité juridique ? », *BJDU* 2000, n°6, pp. 403-407, p. 406.
813. LABETOULLE (D.), « Une nouvelle réforme du droit du contentieux de l'urbanisme », *RDI* 2013, n°11, pp. 508-516, p. 509.
814. CHABANOL (D.), « L'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme, une réponse dangereuse à un problème à la mode », *AJDA* 2001, pp. 216-218.
815. DIEU (F.), « La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? »,

aussi en ce sens[816]. Elle doit aussi être approfondie en ce sens qu'il doit être fait obligation au juge, non seulement de répondre à tous les moyens conduisant à l'illégalité de l'acte, mais de façon générale de répondre à tous les moyens de la requête.

δ. La question de la charge de travail

Les réformes évoquées pourraient conduire à une augmentation de la charge de travail. Cependant, si les décisions du juge sont plus claires, cela devrait conduire à une réduction des recours. Nous avons déjà mentionné cet élément plus haut. Au renfort ce cet argument, et en complément, s'ajoute l'abandon du principe de l'économie de moyens qui diminuerait, sur le long terme, les saisines du juge administratif.

Toutefois, il serait possible de limiter ces innovations aux décisions les plus importantes, c'est-à-dire celles rendues par l'Assemblée et la Section du Contentieux. Cela correspondrait de plus au rôle d'unification du droit qu'elles jouent lorsqu'elles statuent en cassation.

La pratique de la Cour de Justice de l'Union européenne, visant à citer les conclusions de ses avocats généraux, est digne d'intérêt. Il serait aisément imaginable, et réalisable, pour le juge administratif d'en faire autant. Cela pourrait se faire sous la même restriction que s'impose le juge de l'Union européenne, à savoir ne citer les conclusions des rapporteurs publics que pour les approuver. L'inverse conduirait à introduire, par une voie détournée, l'expression d'une certaine opinion dissidente dans la décision de justice. La citation des conclusions aurait un double avantage. D'une part, elle permettrait à la formation de jugement de gagner du temps dans la rédaction de sa décision. D'autre part, cela donnerait une dimension nouvelle aux conclusions qui y gagneraient en force persuasive. Certains de ses éléments seraient identifiables comme étant déterminants dans la décision rendue, mettant fin à toutes interprétations et querelles doctrinales sur la question. Un point négatif apparaît toutefois : comment considérer les éléments auxquels le jugement ne fait pas référence ? Sont-ils de simples « *obiter* » ? Ou bien le juge a-t-il seulement refusé d'y faire références alors même que certains d'entre eux seraient pour lui déterminants ? Si la mention de certains arguments des conclusions permettrait de leur donner une force particulière et d'éclairer leur impact dans le cadre de l'arrêt rendu, rien ne peut être affirmé quant au statut de ceux non mentionnés.

AJDA 2009, pp. 1082-1089 ; ZARCA (A.), « Les limites du pouvoir d'injonction », pp. 650-656, notamment p. 654 in *Le pouvoir d'injonction du juge administratif*, *RFDA* 2015, *op. cit.*

816. CHAPUS (R.), *Droit administratif*, 15e éd., *op. cit.*, p. 966 ; PONTHOREAU (M.-C.), « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif », *op. cit.*, p. 759.

Enfin, l'augmentation des moyens humains et matériels à la disposition de la justice est aussi un outil pour faire face aux problèmes d'engorgement. Évidemment, ce moyen ne dépend pas de la volonté des juges, mais il mérite de ne pas être écarté. Nous souscrivons entièrement aux propos du professeur David Bailleul lorsque celui-ci, à propos de l'argument du manque de temps de la justice, affirme que, « indéniablement pertinent, il n'en est pas moins réfutable. D'abord, parce qu'il n'est jamais totalement satisfaisant de se contenter d'une explication matérielle pour justifier le refus d'une évolution juridique souhaitable. Si c'est par une augmentation du travail du juge que doit passer une meilleure protection des intérêts des justiciables, c'est sans doute par un accroissement des effectifs qu'il faut y répondre, et non en y renonçant »[817]. Ce sont surtout de ces moyens dont la justice ne peut faire l'économie, car si, comme l'affirmait le doyen Vedel, l'arrêt « commence toujours par l'aventure d'un requérant », il doit s'achever par une réponse complète à sa demande[818].

2. Les réflexions sur un mouvement inverse dans la motivation des décisions de justice en Angleterre

La question de l'évolution de la rédaction de la décision de justice se pose aussi outre-Manche[819]. Poussés là aussi par une volonté de clarté, de transparence et d'accessibilité pour les différents publics, tant du contenu que de la décision elle-même[820], les juges et la doctrine sont entrés dans un débat sur une possible simplification des décisions. Ces discussions se fondent sur les mêmes objectifs que ceux animant la question en France (a.). En substance, c'est une plus grande collégialité dans la rédaction des décisions de justice dont la promotion est faite (b.).

a. Le développement d'une volonté de réforme

Classiquement, les décisions de justice anglaises se présentent sous un triptyque : un rappel des faits pertinents ; le raisonnement juridique, comportant notamment la règle de droit et son

817. BAILLEUL (D.), « L'article L.600-4-1 du Code de l'urbanisme : une tentative avortée d'abandon de l'économie de moyens », *op. cit*., pp. 16-17.
818. VEDEL (G.), « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979-1980, pp. 31-44, p. 36.
819. RUEDA (F.), « La motivation des décisions de la juridiction suprême du Royaume-Uni : une évolution dans la continuité », pp. 263-280 in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la dir. de F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, *op. cit.*
820. PATERSON (A.), « Decision-making in the UK's top court », *CJICL* 2014, pp. 77-99.

interprétation ; enfin, la décision d'espèce, résolvant le litige[821]. Une distinction fondamentale est opérée au sein du jugement entre la *ratio decidendi* (ou les *rationes decidendi*) et les *obiter dicta*. La première constitue le fondement même de la décision. Elle se constitue alors des éléments de faits justifiant l'application de la règle de droit et la solution retenue[822]. Seule cette partie de la décision devra être respectée dans le futur, constituant alors le précédent faisant autorité[823]. Elle se différencie donc des *obiter* dont nous avons déjà parlé. Deux types d'*obiter* peuvent exister : ceux qui, énoncés dans le jugement principal, ne se basent pas sur des faits présents dans l'affaire ; ceux se fondant sur des éléments de faits existants mais ne venant pas au soutien de la décision[824]. Le second cas est particulièrement bien illustré par la pratique des opinions dissidentes. Celles-ci sont exprimées par des juges ne faisant pas partie de la majorité ayant soutenu le jugement principal[825]. Ces juges expriment leur désaccord sur un ou des composants de la décision. Leurs opinions ne constituent pas le fondement de la décision rendue et sont considérées comme étant des *obiter*. Il faut toutefois ne pas confondre opinion dissidente et jugements concordants (*concurring judgment*). Ces derniers, comme la traduction française le montre, viennent au soutien du jugement principal. Ils ont alors vocation à en préciser certains points, voire à adopter un raisonnement quelque peu différents[826].

Le débat sur la rédaction des décisions justice porte surtout sur la trop grande multiplicité des opinions dissidentes et des jugements concordants. Il est reproché aux juges d'obscurcir la décision principale et l'identification de la *ratio decidendi* par ces procédés[827]. Il est évident que ces deux types de discours n'ont pas le même impact sur le problème. En tant que démonstration opposée, l'opinion dissidente, si elle peut avoir des effets positifs, entraîne surtout une relativisation du raisonnement principal[828]. Le jugement concordant, quant à lui, rajoute des éléments qui

821. KINDER-GEST (P.), *Droit anglais*, 3e éd., *op. cit.*, p. 216 ; INGMAN (T.), *The English Legal Process*, 13e éd., *op. cit.*, p. 183 ; WARD (R.) et WRAGG (A.), *English Legal System*, 9e éd., *op. cit.*, p. 81.
822. Sur la question de l'identification de la *ratio decidendi*, voir : GILLEPSIE (A.), *The English Legal System*, 3e éd., OUP, Oxford, 2011, 587 pages, pp. 71-73 ; INGMAN (T.), *ibid.*, pp. 220-221 ; SERVIDIO-DELABRE (E.), *The Legal System of a Common Law Country. The British Legal System, the American Legal System*, *Constitutionally Protected Rights of the USA*, 2e éd., Dalloz, Paris, 2014, 478 pages, pp. 98-102.
823. GILLEPSIE (A.), *ibid.*, pp. 75-86 ; KINDER-GEST (P.), *ibid.*, pp. 216-217 ; WARD (R.) et WRAGG (A.), *ibid.*, pp. 83-85.
824. WARD (R.) et WRAGG (A.), *ibid.*, pp. 82-83.
825. *Black's Law Dictionary*, sous la dir. de J. R. Nolan et J. M. Nolan-Haley, 6e éd., West Publishing, Saint-Paul,1990, pp. 472-473.
826. LEE (J.), « A defence of concurring speeches », *PL* 2009, pp. 305-331, pp. 315-317.
827. INGMAN (T.), *ibid.*, p. 220.
828. Ainsi, les opinions dissidentes obligent les rédacteurs de l'opinion principale à mieux détailler et argumenter leur position. En cela, le jugement sera plus clair et plus précis, lui donnant également de meilleurs fondements : MASTOR (W.), « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », pp. 87-115 in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la dir. de F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, *op. cit.*

enrichissent ce raisonnement, mais l'obscurcissent d'autant. L'identification de la *ratio* en pâtit alors, mais sans diminuer la force de la décision.

Il est intéressant de noter que ceux paraissant les plus disposés à critiquer cette pratique sont les juges eux-mêmes. Sur ce point, Lady Hale a pris une position particulièrement nette. D'abord, en tant que juge. Les propos introductifs de son discours dans l'affaire *OBG LTD v. Allan* sont révélateurs[829]. L'affaire porte sur une question de responsabilité, et non de *judicial review*, mais la problématique étant similaire, nous nous permettons d'utiliser cet exemple, repris aussi en doctrine[830]. Sur les trois questions que soulève l'affaire, Lady Hale se range, concernant deux d'entre elles, du côté de Lord Hoffman. Elle précise alors que « sur les deux premières questions, le point de vue de Lord Hoffman est partagé par une majorité. […] Il ne doit y avoir aucun doute, ni aucune place pour la discussion, à propos de ce qui a été décidé et de pourquoi cela a été décidé. Toute incompatibilité entre ce que je dis et ce qu'il dit doit être réglée en faveur de ses propos. En effet, il y aurait beaucoup à dire concernant la pratique d'autres cours suprêmes ayant une seule opinion majoritaire à laquelle tous les juges ont contribué et souscrit sans autres raisons ou explications »[831]. Cette opinion reflète toutes les données du problème.

La multiplicité des jugements conduit à des problèmes d'interprétation et à des contradictions, parfois non désirés par les juges. Le sens à donner à la décision, ainsi qu'aux opinions rendues, est ainsi difficile à déterminer. Pour tenter de régler ce problème, Lady Hale propose d'étudier ce qui se fait dans d'autres systèmes juridiques, dans lesquels le jugement est unique. À n'en pas douter, sur ce point, l'exemple français est topique pour les anglais[832]. Lady Hale a eu l'occasion de préciser sa pensée à l'occasion d'un séminaire ayant eu lieu le 30 septembre 2010 : « nous devons avoir une approche flexible par laquelle chaque juge est libre d'écrire mais où un climat de collégialité et de co-opération dans les jugements multiples est encouragé. À tout le moins il ne devrait y avoir aucun doute concernant ce qui a été décidé, ce qui est rarement le cas »[833]. Dans l'opposition, intrinsèque au jugement anglais, entre individualité et collégialité, elle propose un développement de la seconde au profit de la première. Pour autant, il n'est nulle question de supprimer la dimension individuelle. Les jugements multiples doivent perdurer. Seulement, ils doivent être limités à ce qui est vraiment nécessaire et utile. C'est par l'élaboration d'un jugement principal consensuel que passe cette évolution.

829. *OBG LTD v. Allan* [2007] UKHL 21.
830. LEE (J.), *ibid.,* p. 305.
831. *OBG LTD v. Allan* [2007] UKHL 21, [303].
832. Par exemple, voir : KIRBY (M.), « Judicial dissent – common law and civil traditions », *LQR* 2007, pp. 379-400.
833. Lady Hale, « Judgment writing in the Supreme Court », 1er séminaire anniversaire, 30 septembre 2010 (texte disponible sur le UKSC blog : http://ukscblog.com/judgment-writing-in-the-supreme-court-brenda-hale/).

Dans cette entreprise, Lady Hale a été rejointe par le Président de la Cour Suprême britannique, Lord Neuberger. Là aussi, de façon extra-judiciaire, le Lord propose, entre autres, tant de diminuer le nombre que la longueur des jugements dissidents et concordants[834]. La démarche des deux juges s'inscrit largement dans une volonté de rendre accessibles les décisions. Elles doivent l'être pour les cours inférieures, qui doivent se plier à la règle du précédent contenu dans le raisonnement principal des juges supérieurs, et pour les justiciables au sens large. Lord Neuberger note que l'argument consistant à dire que la décision de justice peut être lue par les juristes revient à faire preuve de « myopie »[835]. En effet, ceux-ci ne constituent « qu'une partie seulement du public concerné. Peut-être que d'une façon un peu idéalisée, il est possible d'affirmer qu'ils ne constituent même pas la part la plus importante de ce public. Les individus sont le vrai public, même si celui-ci semble indifférent a à peu près tous les jugements des cours »[836]. En somme, et pour citer encore les propos de Lord Neuberger, « tous les jugements devraient être suffisamment bien écrits pour permettre aux personnes non-juristes intéressées et relativement intelligentes de comprendre qui étaient les parties, quelle décision a été rendue par le juge, et pourquoi elle a été rendue »[837]. Pour autant, et à l'instar de Lady Hale, le Président de la Cour Suprême se refuse à voir instaurer des jugements uniques. Ces derniers encourent les mêmes critiques de manque de clarté et d'accessibilité que les décisions longues[838].

À ces critiques s'ajoute celle d'une mauvaise structuration des décisions de justice. Comparant le cas britannique avec le cas australien, Peter Butt fait ressortir que, dans le premier cas, les jugements perdent en clarté par leur caractère trop syllogistique[839]. Si cela permet de refléter le raisonnement logique des juges, il constitue une entrave à la bonne compréhension par le lecteur. L'auteur propose alors de commencer par un résumé des questions principales et de leurs solutions. Le jugement prendrait ensuit un déroulement plus classique par un exposé des faits, du droit et à nouveau la solution retenue, plus détaillée si nécessaire[840].

---

834. Lord Neuberger, « No Judgment – No Justice », Première Conférence annuelle du BAILII, 20 novembre 2012 (texte disponible : https://www.supremecourt.uk/docs/speech-121120.pdf). Le Président de la Cour Suprême propose aussi une meilleure accessibilité sur les sites internet ainsi que l'insertion en début de jugement d'un paragraphe introduction résumant l'affaire et la décision retenue. Dans un sens similaire, voir : PATERSON (A.), « Decision-making in the UK's top court », *op. cit*.
Des arguments similaires sont avancés par un autre juge : Lady Justice Arden« Judgment writing : are shorter judgment achievable ? », *LQR* 2012, pp. 515-520.
835. Point 10 de son intervention.
836. *idem*.
837. *ibid*, point 11.
838. *ibib*, points 21 à 29.Voir aussi, LEE (J.), « A defence of concurring speeches », *op. cit*., pp. 324-327.
839. BUTT (P.), « Judgment writing : an Antipodean response », *LQR* 2013, pp. 7-10.
840. Nous avons exprimé notre attrait pour une telle proposition dans le cas de la France.

b. Le développement d'une pratique collégiale de la décision de justice

Dans la pratique, il a pu être relevé une tendance à une diminution de la longueur des décisions, ainsi que du nombre de jugements concordants et d'opinions dissidentes. Alan Paterson, étudiant les différentes facettes de la prise de décision au sein de la Cour Suprême, relève que si à la fin des années quatre-vingt-dix, environ 20% des litiges étaient résolus par un jugement unique de la Chambre des Lords, cette proportion s'élève en 2013-2014 à 55%[841]. Néanmoins, et comme le relève James Lee, dans les affaires particulièrement difficiles, les juges de la Cour Suprême ont encore tendance à parler à plusieurs voix[842]. Cela révèle que les juges anglais s'adaptent aux problèmes que pose l'affaire. Il est logique et nécessaire, pensons-nous, que les questions les plus complexes appellent à des développements plus conséquents. Cela permet d'étudier les problèmes dans tous leurs aspects et d'envisager toutes les solutions possibles ainsi que leurs motifs respectifs. Éclairé totalement, le litige est alors résolu en toute connaissance de cause. Les forces et faiblesses de la position retenue sont connues. Elles peuvent ensuite être soumises à l'étude et à la critique des juristes. Même si les revirements sont choses rares en Angleterre, la solution retenue pourra être étendue ou limitée suivant les critiques portées. La diminution de la longueur des décisions est alors conservée pour les litiges posant le moins de problèmes. De surcroît, ces litiges sont ceux où une unanimité, ou seulement un consensus, sont les plus facilement possibles. La rédaction d'opinions autres perd alors de son intérêt.

Bien que se développant, cette tendance à la rédaction simplifiée des décisions est soumise à critiques. Nous avons déjà mentionné le fait que, tant Lady Hale que Lord Neuberger, se positionnent en défaveur d'un abandon des opinions dissidentes et des jugements concordants. Pour James Lee, les jugements uniques ont tendance à être pris comme des lois par les cours inférieures. Or, le but d'une décision de la Cour Suprême est « d'aider les cours inférieures dans leurs interprétations des décisions, plutôt que de poser le droit »[843]. Sans cela, le droit ne pourrait évoluer, s'adapter. L'auteur met aussi en évidence la difficulté à interpréter les jugements uniques, ainsi que

841. PATERSON (A.), « Decision-making in the UK's top court », *op. cit.*, p. 84. Voir aussi le discours de Lady Hale (« Judgment writing in the Supreme Court », *op. cit.*).
Pour un exemple récent d'un jugement unique : *R. (on the application of O) (by her litigation friend the Official Solicitor) v. Secretary of State for the Home Department* [2016] UKSC 19. Il n'est pas anodin de préciser que la Cour Suprême était présidée, pour cette affaire, par Lady Hale. Cinq juges composaient la Cour. Lord Wilson a écrit le jugement principal, de 22 pages. Les quatre autres Lords y ont adhéré.
842. LEE (J.), *op. cit.*, pp. 312-315.
843. *ibid*, p. 324.
Une idée similaire, consistant à lier la brièveté des décisions et leur assimilation à la loi, existe en France. Sur ce point, Fanny Malhière note que « par le style général et impersonnel de ses décisions, le juge se hisse au niveau du législateur » : MALHIERE (F.), *La brièveté des décisions de justice. (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, *op. cit.*, p. 140 ; voir généralement sur cette question, pp. 139-144 et pp. 229-235.

la difficulté à trouver une position commune entre les juges[844]. Il concède cependant qu'il pourrait être bénéfique que les jugements concordants soient restreints, dès lors qu'ils n'apportent pas ou peu d'éclaircissement sur l'affaire[845]. Alan Paterson identifie quant à lui quatre dangers provenant des décisions à jugement unique : celui-ci est nécessairement plus long[846] ; le travail collégial ne porte pas toujours ses fruits et un consensus n'émerge pas toujours ; le jugement unique conduit à une perte de transparence et de richesse de la décision ; enfin, se pose la question du juge devant l'écrire, la personnalité de celui-ci pouvant alors transparaître et influencer la décision[847]. Malgré l'ensemble de ces critiques, le jugement unique n'est pas totalement absent de la tradition anglaise. La Cour d'Appel, lorsqu'elle juge une affaire criminelle, doit rendre un jugement unique, sauf volonté contraire du juge présidant la séance. Cette particularité ne découle cependant pas de la pratique, mais résulte de la loi[848].

Les débats en Angleterre portent ainsi majoritairement sur ces questions. Pour autant, d'autres innovations sont régulièrement proposées. Là encore, Lord Neuberger est très actif sur ce front. Il défend notamment une meilleure structuration des décisions ainsi que l'utilisation d'un langage plus accessible pour les individus[849]. La tendance, là aussi, est à une amélioration de la rédaction dans ce domaine[850].

3. Vers une rédaction similaire des décisions de justice ?

L'actualité des questions de rédaction des décisions de justice en France et en Angleterre est certaine. Elle est d'autant plus intéressante que des deux côtés de la Manche, l'objectif est similaire : rendre plus accessible, compréhensible et acceptable les décisions par les individus. La résolution d'un litige ne doit plus se cantonner à trancher un litige et poser des raisonnements obscurs pour qui n'est pas un juriste chevronné. L'individu, au sens large, est placé en principal destinataire de la décision. Elle s'adresse à lui, car elle statue sur les droits, les définit et rend le droit plus cohérent. La justice n'est ainsi plus exclusivement perçue comme une fin en soi, mais comme un média. Elle a

844. *ibid*., p. 326.
845. *ibid*., p. 330.
846. Sur ce point, la tendance en France et en Angleterre, en dehors de la question de la motivation de la décision, est à l'accroissement de la longueur des jugements : ANTOINE (A.) et FAIRGRIEVE (D.), « Écrire les décisions de justice... une comparaison franco-britannique », *RDP* 2014, pp. 759-783, pp. 774-779.
847. PATERSON (A.), *ibid.*, pp. 85-88.
848. Section 59 du S*upreme Court Act (Senior Courts Act)* 1981.
849. Discours de Lord Neuberger (« No Judgment – No Justice », *op. cit.*), points 4 à 15 (concernant la clarté du langage) et points 16 à 18 (concernant la structure de la décision).
850. ANTOINE (A.) et FAIRGRIEVE (D.), *ibid.*, pp. 779-783.

comme rôle de rendre le droit compréhensible auprès des individus. Elle devient un moyen de connaissance et de compréhension.

Se voyant reconnaître un objectif similaire, les décisions de justice française et anglaise opèrent un certain rapprochement. Mais chaque pays l'effectue en sens inverse. En France, la clarté de la décision implique le développement des jugements. Inexorablement, et nos propositions vont en ce sens, la décision s'allonge. En Angleterre, ce même objectif conduit à une certaine volonté de concision et de développement des jugements uniques. Dès lors, les deux tendances parviendront-elles à s'unir en un jugement unique, mais très développé ?

Nous ne le pensons pas.

Chaque pays part d'un mode rédactionnel très différent. Si rapprochement il y a, l'écart est encore substantiel. Dès lors, les spécificités intrinsèques à chaque procédure persistent. Ainsi, si des modifications importantes ont eu lieu et d'autres peuvent encore survenir, aucun système n'est prêt à bouleverser totalement les choses. L'Angleterre conserve ses jugements concordants et opinions dissidentes ; la France ne remet pas en cause le jugement unique.

De plus, et ce point vient en soutien du précédent, la culture et l'histoire juridiques des deux pays sont trop fortes pour en arriver à une position médiane. Cela est particulièrement bien mis en évidence par Michael Kirby[851]. Comparant les traditions civilistes et de *common law* concernant la pratique de l'opinion dissidente, il en arrive à mettre en évidence plusieurs éléments distinctifs de chaque système, expliquant les différences sur cette question. Sur la dizaine de points mentionnés, relevons le caractère oral de la procédure de *common law*, la nomination des juges qui sont d'anciens avocats, la procédure de type accusatoire ou la reconnaissance d'une part de création de droit par les cours supérieures. Ces caractéristiques nous paraissent empêcher toute possibilité de rapprochement total concernant la rédaction des décisions de justice. La procédure écrite, de type inquisitorial, menée par des juges recrutés par le biais d'école ou de concours, ne se reconnaissant pas explicitement le pouvoir de créer le droit, mais seulement de l'appliquer par syllogisme, sont autant de freins au développement de jugements concordants et d'opinions dissidentes. Ajoutons aussi que si, en France, le jugement est rendu par un organe, en Angleterre, le jugement est personnalisé[852]. Chaque juge peut rendre une opinion. En cela, la France se fonde plutôt sur la collégialité là où l'Angleterre est guidée par l'individualité des juges. La décision de justice est après tout le résultat de la procédure judiciaire. Il est normal qu'elle en comporte les traits caractéristiques.

851. KIRBY (M.), « Judicial dissent – common law and civil law traditions », *LQR* 2007, pp. 379-400.
852. MALHIERE (F.), *La brièveté des décisions de justice. (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, *op. cit.*, pp. 151-152.

Conclusion du Chapitre I

L'étude de la détermination du champ des recours permet de mettre en évidence la casuistique au sein de l'œuvre prétorienne. Quelques éléments de compréhension de la méthode du juge ont été esquissés. Il s'agira par la suite de les mettre plus clairement en évidence et de les systématiser afin de démontrer que le rôle du juge n'est jamais univoque, mais qu'il prend en compte un ensemble de données n'étant pas toutes juridiques. La méthode de détermination du champ des recours est ainsi tout à fait originale. Loin d'être dogmatiques, les juges adoptent une approche dont l'objectif est de correspondre de façon certaine aux réalités de l'action publique. Dès lors, en France comme en Angleterre, jamais un requérant ne pourra, dans tous les cas, être certain qu'il a saisi le bon juge ou introduit le bon recours. Ce coup porté à la nécessité de certitude dans le droit ne doit pas être surestimé. D'une part, l'incertitude ne porte que sur des questions très particulières, la majorité des cas ayant déjà reçu une solution certaine qui n'évolue qu'à la marge. D'autre part, le prix à payer est faible en comparaison des avantages qui en résultent. La détermination casuistique permet de faire évoluer les recours de façon progressive, en étant le plus près possible des réalités de la vie juridique, politique et sociale.

Chapitre II. La confection d'un droit spécifique au contrôle de l'administration: le droit administratif

La détermination du champ des recours n'est pas le seul domaine à traduire le rôle particulièrement actif des juges. Une conclusion similaire peut être tirée quant au droit qu'ils appliquent à l'activité administrative. Ce droit est avant tout l'œuvre des juges : il s'agit du droit administratif. Aussi bien en France qu'en Angleterre, le développement croissant de l'administration et de ses pouvoirs a rendu nécessaire l'établissement d'un cadre juridique pour l'action administrative. Pourtant ancré dans des systèmes juridiques aux différences historiques et philosophiques certaines, ce cadre a été conçu pour s'adapter aux exigences particulières que fait naître l'activité de l'administration. Le droit administratif confère un rôle fondamental aux juges dans le contrôle de l'administration. Pour autant, il est nécessaire de ne pas avoir une vision erronée du rôle de la *judicial review* et du recours pour excès de pouvoir. Fondamentaux dans l'application du droit administratif, leurs champs d'application ne se confond pas avec celui du droit administratif.

Le droit administratif est un domaine classique d'opposition entre système français et système anglais. D'un côté se trouveraient le droit français et son système de séparation des autorités administratives et judiciaires ayant conduit à l'émergence d'un juge administratif et d'un droit administratif. De l'autre, le droit anglais, issu de la tradition de *common law*, se refuserait à une telle dualité au nom du principe d'égalité entre autorités publiques et individus, théorisée par le célèbre publiciste Albert Venn Dicey[853]. Dans cette opposition, systématisée par Maurice Hauriou, sont différenciés les pays qui n'ont pas de « régime administratif », comme l'Angleterre, et les pays qui ont un « régime administratif » comme la France[854]. Hauriou résume cette opposition à celle

853. DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, 8e éd., Macmillan, 1915, ré-imprimé par Liberty Fund, 1982, 436 pages.
Pour l'opposition entre les deux systèmes, voir par exemple : ALIBERT (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, Paris, 1926, 391 pages, pp.12-15 ; HAURIOU (M.), *Précis élémentaire de droit administratif*, 4e éd., refondue par André Hauriou, Sirey, Paris, 1938, 597 pages, pp. 1-2 ; HOOD PHILLIPS (O.), *Constitutional and Administrative Law*, 3e éd., Sweet and Maxwell, Londres, 1962, 855 pages, pp. 34-35 ; GARNER (J. F.), *Administrative Law*, 1ere éd., Butterworths, Londres, 1963, 408 pages, p. 1 ; DISTEL (M.), « La réforme du contrôle de l'administration en Grande Bretagne », *RIDC* 1971, pp. 355-417, p. 355 ; DAVID (R.), *English Law and French Law, A Comparison in Substance*, Stevens & Sons, Londres, 1980, 223 pages, pp. 81-100 ; BOYRON (S.), « La *summa divisio* vue d'outre-Manche », pp. 121-136, p. 121 in *De l'intérêt de la* summa divisio *droit public-droit privé ?*, sous la dir. de Baptiste Bonnet et Pascale Deumier, Dalloz, Paris, 2010, 297 pages ; FRIER (P.-L) et PETIT (J.), *Droit administratif*, 10e éd., *op. cit.*, pp. 36-39 ; WALINE (J.), Droit administratif, 26e éd., *op. cit.*, p. 14-15.
854. HAURIOU (M.), *Précis élémentaire de droit administratif*, 4e éd., *op. cit.*, pp. 1-2.
Il semble d'ailleurs que le maître toulousain ait opéré cette distinction en réaction à l'ouvrage de Dicey sur le droit

entre pays dans lesquels la fonction administrative est contrôlée par le pouvoir judiciaire (Angleterre), et ceux dans lesquels cette même fonction est contrôlée par l'exécutif (France)[855].

Cette opposition est aujourd'hui largement remise en cause, tant en doctrine que dans les faits. Elizabeth Zoller affirme ainsi que « quelle que soit l'intensité avec laquelle le droit public se distingue du droit privé, un premier constat s'impose : le droit public est de tous les pays »[856]. L'étude du droit anglais et du droit français conduit à la même conclusion. Nous allons démontrer que dans ces deux pays, un droit particulier a été forgé pour répondre aux attentes suscitées par le développement de l'administration. Dans ces deux pays, ce droit résulte largement de la jurisprudence.

En France (Section I.), comme en Angleterre (Section II.), le droit administratif est largement une construction jurisprudentielle qui répond à un développement de l'appareil administratif. Dans les deux cas, ce droit, marqué tout d'abord par l'idée de privilèges en faveur de l'administration, va évoluer progressivement, et se voir reconnaître comme mission principale de concilier l'action administrative avec les droits des individus. De ces développements seront ensuite tirées des conclusions communes sur le droit administratif (Section III.).

administratif français : CASSESE (S.), « Une des formes de l'État nouveau du monde. Réflexions sur le droit administratif français », *AJDA* 1995, num. spé., pp. 167-172, notamment p. 171-172.

855. *idem*.

856. ZOLLER (E.), *Introduction au droit public*, 2e éd., Dalloz, Paris, 2013, 241 pages, p. 2.

Voir aussi : RIVERO (J.), « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », pp. 389-406, points 16 à 24 de l'article in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, sous la dir. de M. Cappelletti, et M. Kohnstamm, éd. Bruylant, Bruxelles, 1978 ; FROMONT (M.), *Droit administratif des États européens*, PUF, Paris, 2006, 360 pages, p. 9.

Voir aussi plus généralement : *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby et Mark Freedland, Ed. Panthéon Assas, Paris, 2004, 250 pages.

Section I. Le droit administratif français, un droit ancien d'origine jurisprudentielle

L'étude du droit administratif et de son développement historique semble être des plus classiques en France. Cependant, ce qui constitue des rappels pour les juristes français est nécessaire dans une œuvre de comparaison. Le droit administratif français a cela d'original qu'il a été le premier droit administratif systématisé avec autant de précisions[857]. Mais avant d'atteindre l'âge de la maturité, il a connu une enfance et une adolescence tourmentées. Bien qu'il soit classiquement présenté comme ayant émergé au XIXe siècle, ses racines plongent bien plus loin dans l'histoire française. Une fois ce point démontré, il sera alors possible d'en conclure à la nécessité de desserrer le lien qui unit droit administratif et Conseil d'État (I.). Pour autant, il reste indéniable que le droit administratif est avant tout une création jurisprudentielle ayant pour vocation de concilier les droits des individus avec les nécessités de l'action administrative, et ayant pour fondement l'intérêt général (II.).

I. L'émergence du droit administratif en France

Souvent présenté comme un droit construit au XIXe siècle, le droit administratif apparaît indéfectiblement lié au Conseil d'État. Il serait né de sa jurisprudence. Dès lors, il trouverait ses racines dans l'œuvre révolutionnaire. Cette vision a longtemps dominé dans la doctrine française. Elle explique, en partie, le refus de considérer que l'Angleterre pouvait se doter d'un droit du même type. Le droit administratif français étant « 'le' modèle classique du droit administratif », l'absence d'un traitement juridictionnel particulier de l'administration empêchait toute qualification d'un droit comme étant du droit administratif[858]. Nous verrons d'ailleurs que ce scepticisme face au développement d'un droit administratif, en l'absence de juge administratif, s'est répandu aussi en

857. Sur le travail de systématisation de la doctrine au XIXe siècle voir : MESTRE (A.), « L'évolution du droit administratif de 1869 à 1919 », pp. 19-34 in *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919), livre du cinquantenaire de la société de législation comparée*, t. II., Société de la législation Comparée, éd. F. Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1923 ; GUGLIELMI (G.J.), « Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif », pp. 41-49 in *Le droit administratif en mutation*, C.U.R.A.P.P., PUF, Paris, 1993, 321 pages ; GAUDEMET (Y.), « L'exportation du droit administratif français. Brèves remarques en forme de paradoxe », pp. 431-441 in *Mélanges Philippe Ardant*, 1999, LGDJ, Paris.
Sabino Cassese n' hésite pas à affirmer que « le droit administratif est l'œuvre de la France » (CASSESE (S.), « Une des formes de l'État nouveau du monde. Réflexions sur le droit administratif français », *AJDA* 1995, num. spé., pp. 167-172, p. 167).
858. AUBY (J.-B.), « Le droit administratif français vu du droit comparé », pp. 407-410, p. 407 in *Le droit administratif français en 2013*, *AJDA* 2013.

Angleterre.

Le lien historique, érigé en lien logique, entre juge administratif et droit administratif est cependant à nuancer. Certes, il ne peut être nié que le droit administratif, tel que nous le connaissons aujourd'hui, est issu du XIXe siècle (A.). Mais, en remontant à la période antérieure à 1789, il est possible de démontrer que le lien qui unit le droit administratif et le Conseil d'État n'est pas indissoluble (B.). Ces développements permettent de desserrer, sans le rompre, le lien qui unit Conseil d'État et droit administratif (C.).

A. La vision classique : un droit créé au XIXe siècle

Les origines du droit administratif, comme celles du recours pour excès de pouvoir, font débat. Pour une grande majorité de la doctrine, il a émergé au XIXe siècle, grâce au travail du Conseil d'État. Il en serait donc le fruit (1.). Cette vision n'est pas sans conséquence sur la conception que se font les auteurs du droit administratif. Si ce dernier est la création du Conseil d'État, il en découle nécessairement un lien indissoluble entre lui et le juge administratif. Dès lors, cela signifie que le Conseil d'État ne fait qu'appliquer le droit administratif, et que le droit administratif n'est appliqué que par le Conseil d'État (2.).

1. Exposé de la vision classique

Pour une grande partie de la doctrine, le droit administratif serait l'œuvre, ou du moins la conséquence, de la Révolution[859]. En cela, l'idée rejoint celle des origines anciennes du Conseil d'État, et du recours pour excès de pouvoir[860]. Jean Rivero note ainsi que « le droit administratif, en tout pays, fait figure de discipline jeune : inconcevable au stade de l'État de police, qui se prolonge dans la plupart des États de l'Europe continentale bien après la Révolution de 1789, il n'a pu naître que dans le cadre de l'État de droit »[861]. Pour le célèbre comparatiste, l'émergence du droit administratif présuppose la limitation de l'État. Plus précisément, il ne peut se développer qu' « à

859. D'un point de vue général sur cette question voir : FRACHON (H.), *Écrire l'histoire du droit administratif,* thèse, Paris, dactyl., 2013, 551 pages, pp. 47-75.
860. Voir l'introduction : I. B.
861. RIVERO (J.), « Droit administratif français et droits administratifs », pp. 199-209 voir pp. 199-200 in *« Un siècle de droit comparé en France » Livre du Centenaire Société de législation comparée,* sous la dir. de la Société de Législation Comparée, LGDJ, Paris, 1969.

partir du moment où le souverain accepta de voir ses agents liés vis-à-vis des administrés par une règle obligatoire et sanctionnée juridictionnellement »[862]. Le droit administratif est perçu comme l'antithèse de l'absolutisme monarchique et de l'Ancien Régime.

De même, étudiant l'émergence du droit administratif à partir de 1789, le doyen Hauriou relève que « ce qui est vraiment frappant, c'est que, dans la pensée de tous, ce droit était complètement nouveau, qu'il ne procédait en rien de l'Ancien Régime, et qu'il se développait d'une façon tout originale »[863]. Sans adopter lui-même un tel point de vue[864], Maurice Hauriou met en évidence que l'œuvre doctrinale de systématisation du droit administratif, qui a lieu au XIXe siècle, sous l'égide des Gérando, Cormenin mais aussi Macarel, Ducrocq ou Batbie[865], est perçue essentiellement comme la mise en forme d'un droit entièrement nouveau[866]. Le droit administratif n'a, dès lors, aucun lien avec l'Ancien Régime. Le maître toulousain relève ainsi que, pour ces auteurs, « le droit administratif ne pouvait exister à part et se distinguer du droit ordinaire, que si les juridictions chargées de l'appliquer étaient elles-mêmes séparées des juridictions ordinaires »[867]. Étudiant les différentes phases de développement du droit administratif, Maurice Hauriou commence son exposé en 1800, en partant de l'idée que le droit administratif « s'est formé surtout par le contentieux, c'est-à-dire par la jurisprudence du Conseil d'État »[868]. Le XIXe siècle sera le siècle de l'émergence, de la divulgation et de l'organisation du droit administratif[869]. C'est dans cette dernière phase notamment que des auteurs comme Léon Aucoc et Édouard Laferrière auront un impact majeur sur la mise en ordre et l'amélioration de la compréhension du droit administratif[870].

Pour François Burdeau, il est difficile de parler de droit administratif avant la Révolution. Si l'auteur admet l'existence de règles régissant l'administration, l'obscurité qui les entoure, due à l'absence d'étude et de systématisation, ne permet pas de parler de « droit administratif »[871].

---

862. *idem*.
863. HAURIOU (M.), « Droit administratif » in *Répertoire du droit administratif par Léon Becquet,* t. XIV, 1897, pp. 1-28, p. 18.
Sur l'étude historique menée par Maurice Hauriou sur le droit administratif voir : SFEZ (L.), *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, thèse, LGDJ, Paris, 1966, 520 pages, pp. 49-66.
864. *ibid.*, p. 19 ; HAURIOU (M.), « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », *Revue générale d'administration*, t. II, 1892, pp. 385-403, notamment p. 386-388 ; MESTRE (J.-L), *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985, 294 pages, pp. 10-11.
865. MESTRE (A.), « L'évolution du droit administratif (Doctrine) de 1869 à 1919 », pp. 19-34 in *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919)*, *Livre du cinquantenaire de la société de législation comparée*, t. II, *op. cit.* ; GUGLIELMI (G.J.), « Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif », *op. cit*, pp. 41-49 ; BURDEAU (F.), *Histoire du droit administratif, op. cit*, pp. 105-122.
866. HAURIOU (M.), « Droit administratif », *op. cit*, p. 18.
867. *idem*.
868. *ibid.*, p. 19.
869. *ibid.*, pp. 19-28. Selon le triptyque retenu par Hauriou.
870. *ibid.*, pp. 27-28.
871. BURDEAU (F.), *ibid.,* pp. 31-40.

2. Conséquence : la liaison du droit administratif et du Conseil d'État

Plus généralement, cette question de la filiation entre Conseil d'État et droit administratif se retrouve aussi dans le domaine de la détermination de la juridiction compétente pour connaître d'un litige. La doctrine s'est opposée sur le lien qui unissait la nature du droit applicable et la nature du juge compétent.

Charles Eisenmann résume ce débat par la confrontation de trois courants[872]. Pour certains auteurs (Etienne Bartin, Just Luchet et René Chapus), il n'y aurait aucun lien entre nature du droit applicable et nature du juge devant connaître de l'affaire ; pour un second courant (Marcel Waline[873] et Georges Vedel), il y a un lien, et il est nécessaire de déterminer en premier lieu le juge compétent, et de cela découle le droit applicable ; enfin pour les tenants du troisième courant (dont Eisenmann fait partie), il faut d'abord déterminer le droit applicable, duquel se déduit la nature du juge compétent. L'auteur relève dans cette étude que la jurisprudence se fonde plutôt sur la troisième voie, en vertu du principe selon lequel « la compétence suit le fond »[874].

Cette question permet de mettre en évidence ce lien indissoluble entre juge administratif et droit administratif. Il ressort nettement des deux derniers courants. Dans le premier cas, il y a application du droit administratif *parce que* le juge administratif est compétent. Dans le second cas, le juge administratif est compétent *parce que* le droit administratif s'applique. Que l'inconnue de l'équation soit « droit administratif » ou « juge administratif », et que le résultat soit « juge administratif » ou « droit administratif », le lien qui unit les deux données est clair. Cette vision, soutenue par la doctrine et la jurisprudence, renforce la croyance selon laquelle dualisme juridictionnel et dualisme juridique sont interdépendants[875].

872. EISENMANN (C.), « Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français », pp. 379-403 in *Mélanges Jacques Maury*, t. II, 1960.
Voir aussi : LINOTTE (D.), *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse, dactylographiée, 451 pages, pp. 47-51.
873. Pour une réponse de Marcel Waline aux idées de Eisenmann voir : WALINE (M.), « À propos du rapport entre la règle et le droit applicable d'un procès et l'ordre de juridiction compétent », *RDP* 1961, pp. 8-20.
874. *ibid.*, p. 384.
Un principe qui remonte bien au-delà de la fin du XIXe siècle comme cela est souvent affirmé. En ce sens : GUGLIELMI (G.), « Le rôle du Conseil d'État dans la constitution de la distinction entre droit public et droit privé », *RFDA* 1996, pp. 305-312, p. 306.
875. VEDEL (G.), « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : Le rôle du juge », pp. 777-793, voir p. 777 in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline,* LGDJ, Paris, 1974.

B. La vision renouvelée : un droit existant sous l'Ancien Régime

La démarche n'est pas ici inconnue. C'est celle-là même qui a guidé certains auteurs à remonter avant la Révolution pour trouver traces de l'émergence d'une juridiction administrative, et de recours particuliers contre l'administration[876]. Elle participe du mouvement doctrinal qui consiste à ne pas voir dans la Révolution de 1789 l'origine de l'ensemble du système juridique français.

Dès lors, il n'est pas étonnant de retrouver des auteurs déjà cités auparavant. Notamment, Jean-Louis Mestre fait ici figure d'autorité[877]. Dans l'ensemble de ses écrits[878], l'auteur défend l'idée que le droit administratif n'est pas une construction révolutionnaire, mais plutôt qu'il est « le produit d'une longue histoire »[879]. Selon lui, le droit administratif moderne provient des prérogatives particulières des seigneurs, mais aussi de l'utilisation de concepts venant des droits savants et visant à justifier les pouvoirs et statuts spéciaux de certaines autorités[880]. À la fin de l'Ancien Régime, la spécificité de ses règles sera reconnue, notamment dans leur opposition au droit commun[881]. Très récemment, c'est aussi cette démarche, qualifiée de « pragmatique », que Jean-Louis Mestre a adoptée comme contributeur à une grande œuvre de systématisation du droit administratif[882].

Dans une ligne similaire, Pierre Legendre appelle à une refonte des conceptions classiques sur le droit administratif. Dès lors, « si nous voulons remettre en circulation l'idée que le droit administratif, révélateur d'une mécanique des lois, est un produit d'histoire, la première chose à faire consiste à renverser les fausses valeurs de temps que sont les dates-écrans, en leur substituant la

876. Voir l'introduction : I, B.

877. On peut aussi citer le travail du Professeur Le Bras qui a été l'un des pionniers dans cette voie. Notamment : LE BRAS (G.), « Les origines canoniques du droit administratif », pp. 395-412 in *L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956.
Il est aussi possible de faire référence aussi à la thèse de Cédric Glineur (*Genèse d'un droit administratif sous le règne de Louis XV. Les pratiques de l'intendant dans les provinces du Nord (1726-1754)*, Presses Universitaires d'Orléans, 2005, 450 pages).
Là aussi, d'une manière générale voir : FRACHON (H.), *Écrire l'histoire du droit administratif,* thèse, Paris, dactyl., 2013, 551 pages, pp. 22-46.

878. MESTRE (J.-L), *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence, op. cit* ; *Introduction historique au droit administratif français*, *op. cit* ; « Les fondements historiques du droit administratif français », *EDCE* 1982, pp. 63-80 ; « Aux origines du contentieux administratif », *op. cit.*. ; « Juridictions judiciaires et annulation des actes administratifs dans la France d'Ancien Régime et en Angleterre », *op. cit.*.

879. MESTRE (J.-L.), « Les fondements historiques du droit administratif français », *op. cit*., p. 63.

880. *idem*.
De même : MESTRE (J.-L), *Introduction historique au droit administratif français*, *op. cit*.

881. MESTRE (J.-L), *Introduction historique au droit administratif français, op. cit.*, pp. 160-176.
Voir aussi le travail de Rodolphe Dareste et Gabriel Le Bras dans ce domaine : DARESTE (R.), « Documents sur le droit administratif en France au XVIIIe siècle », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1900, pp. 499-536 ; « Études sur les origines du contentieux administratif en France », *op. cit* ; LE BRAS (G.), *ibid.*, ; BENOIT (F.-P), *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968, 897 pages, p. 4-10.

882. MESTRE (J.-L.), « L'histoire du droit administratif », pp. 4-58. in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de Gonod, Melleray et Yolka, *op. cit.*
Sur la notion de démarche « pragmatique » : FRACHON (H.), *Écrire l'histoire du droit administratif, op. cit.*, pp. 16-17.

ligne continue des textes »[883].

Pourquoi ce point de vue a-t-il tardé à être pris plus au sérieux ? Plusieurs éléments ont été avancés. Jean-Louis Mestre a réfuté ceux visant à nier la possibilité de porter un regard contemporain sur un domaine ancien[884] et à systématiser un droit administratif sous l'Ancien-Régime[885].

Intéressons-nous surtout à un autre argument développé par Jean Rivero. Comme relevé plus haut, pour Rivero, il n'est possible de parler de droit administratif que lorsqu'est admise la limitation de l'État. En ce sens, le droit administratif serait intrinsèquement libéral. Cette position est hautement critiquable, tant d'un point de vue historique, que substantiel. En premier lieu, Rivero lie droit administratif et État de droit[886]. Pourtant, il apparaît difficile de considérer que les premiers pas du droit administratif, même après la Révolution, soient ceux d'un droit qui garantit les libertés des individus contre l'État. En second lieu, faire du droit administratif un droit libéral par nature revient à l'amputer d'une partie de ses règles. Or, Jean Rivero lui-même a défini le droit administratif comme un droit de « dérogations au droit commun […] soit dans le sens d'une majoration, au profit des personnes publiques, des droits reconnus aux particuliers dans leurs relations, soit dans le sens d'une réduction de ses droits »[887]. Il n'est pas seulement un droit qui limite l'État, c'est aussi un droit qui en supporte et en facilite l'action. Cette caractéristique, loin de la vision libérale sous-tendue par l'auteur dans un autre article, ressort nettement des origines monarchiques du droit administratif[888]. Jean-Louis Mestre note ainsi qu'à la fin de l'Ancien Régime le droit administratif comporte surtout des prérogatives pour l'administration et encore peu de protections pour les administrés, ce qui attire les critiques des libéraux[889]. Si l'on considère le droit administratif comme un droit qui doit marcher sur deux jambes, il ne peut être nié que la première (les prérogatives de l'administration) se forme bien avant la Révolution. En cela, il ne peut être admis une vision purement libérale du droit

883. LEGENDRE (P.), « La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France », *Revue historique de droit français et étranger* 1974, pp. 696-732.
884. MESTRE (J.-L.), « L'histoire du droit administratif », *op. cit*., p. 4.
885. La critique a été faite par Hauriou (HAURIOU (M.), « Droit administratif », *op. cit*., p. 19) mais aussi François Burdeau (BURDEAU (F.), *Histoire du droit administratif, op. cit*, pp. 31-40.).
Voir : MESTRE (J.-L.), « L'histoire du droit administratif », *op. cit*., pp. 4-5.
886. Pour une critique de cette liaison : BOULOUIS (J.), « Supprimer le droit administratif ? », *Revue Pouvoirs,* 1988, pp. 5-12, voir pp. 5-6.
887. RIVERO (J.), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP* 1953, pp. 279-296, p. 294.
RIVERO (J.), *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 1960, 550 pages, p. 18 : « le droit administratif est l'ensemble des règles juridiques dérogatoires au droit commun qui régissent l'activité administrative des personnes publiques ».
MELLERAY (F.), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? À propos de deux articles de Jean Rivero », pp. 55-74 in *Le professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, sous la dir. de F. Mélin-Soucramanien et F. Melleray, Dalloz, Paris, 2012.
888. RIVERO (J.), « Droit administratif français et droits administratifs », *op. cit*.
Voir également : FRIER (P.-L) et PETIT (J.), *Droit administratif*, 10e éd., *op. cit.*, pp. 28-30.
889. MESTRE (J.-L.), *Introduction historique au droit administratif français*, *op. cit*, pp. 227-279.

administratif, sous peine de n'en saisir qu'une partie. La seconde jambe (les sujétions particulières) est en germe sous l'Ancien Régime, mais ne prendra sa forme complète qu'avec l'œuvre d'un Conseil d'État lui aussi acquit aux thèses libérales au cours du XIXe siècle.

Cette dernière remarque est à notre sens celle qui explique que, pendant longtemps, Conseil d'État et droit administratif aient été liés aussi fortement. Afin de justifier l'existence d'un droit dérogatoire et d'un juge particulier pour l'administration, à une époque où a pu se poser la question du maintien d'une dualité de juridiction, il a fallu mettre en avant le caractère libéral d'un tel système[890]. Ainsi, l'idée a été admise que c'est le Conseil d'État qui a produit le droit administratif, en limitant les prérogatives de l'administration et en protégeant progressivement les droits des individus. L'émergence d'une telle vision justifie à la fois l'existence du droit administratif et celle de son « créateur ». En cela, le rôle du Conseil d'État, et du XIXe siècle en général, ne doit pas être sous-estimé. En développant le contrôle juridictionnel de l'administration, il a bien réussi à soumettre l'administration au droit. Cette vision libérale, si elle illustre le caractère moderne du droit administratif, n'est cependant qu'une des deux facettes du droit administratif. La seconde, celle qui vient prévoir des pouvoirs particuliers à l'administration est, elle, en grande partie l'œuvre de l'Ancien Régime. Le droit administratif est l'association de ces deux contraires.

C. Desserrer le lien entre droit administratif et Conseil d'État

Desserrer, mais ne pas rompre le lien. Telle doit être la conclusion de la vision renouvelée de l'histoire du droit administratif. Ces racines anciennes ont donné une base de travail au Conseil d'État. À partir de ce moment, le juge suprême de l'administration a pu construire un droit libéral s'appliquant à l'administration et protégeant les administrés. Tirons les conséquences d'une telle vision. Elles sont au nombre de deux. D'une part, il n'y a pas de lien indissoluble et automatique entre Conseil d'État et droit administratif (1.). D'autre part, si le lien n'est pas indissoluble, il existe néanmoins indéniablement (2.).

890. Sur l'idée que le droit administratif a été critiqué comme droit de « privilèges » par les libéraux pour parvenir à la suppression du juge administratif, voir : BENOIT (F.-P.), « Les fondements de la justice administrative », pp. 283-295, notamment pp. 289-290 in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, *op. cit*. L'auteur y développe aussi l'idée, très intéressante, que le droit administratif ne serait pas par essence un droit de limitation de l'administration, car il ne serait pas sources des privilèges de cette dernière. L'administration détiendrait « naturellement » ces pouvoirs. Le droit administratif n'interviendrait donc que pour les limiter, non pour prévoir de tels privilèges. Voir aussi pour un exposé plus détaillé de sa position : BENOIT (F.-P), *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968, 897 pages, pp. 56-57.

1. L'absence d'un lien indissoluble et automatique entre la compétence du Conseil d'État et l'application du droit administratif

S'il l'on revient sur la question du lien entre droit applicable et juge compétent, alors le premier courant, dans la systématisation de Eisenmann, doit être privilégié[891]. D'ailleurs, comme le relève Didier Linotte, « si la liaison de la compétence et du fond était purement logique et authentique, la question ne se poserait pas » de savoir s'il faut d'abord déterminer le juge compétent ou le droit applicable[892]. Droit applicable et juge compétent sont deux questions différentes. Adopter ce point de vue permet de concevoir que le juge administratif fasse application, dans certains cas, des règles du droit privé[893] ; et inversement que le juge judiciaire utilise le droit administratif[894]. Pour autant, il faut admettre avec Marcel Waline que « si cette première proposition signifie […] que la règle de droit applicable au jugement d'un litige est absolument indépendante de la compétence juridictionnelle, de telle sorte que l'on connaît la juridiction compétente, on n'en peut tirer aucune induction quant à la règle de droit qui sera appliquée au jugement de l'affaire, alors, elle n'est certainement pas confirmée par les solutions de notre jurisprudence »[895]. Bien que reconnaissant « qu'il n'y a pas un rapport de corrélation absolument rigoureux, dans tous les cas sans exception, entre la juridiction compétente pour juger un procès, et la branche du droit dont les règles seront appliquées à ce jugement », Marcel Waline admet toutefois un lien entre juge compétent et nature du droit applicable[896]. Dans un esprit similaire, Jean-Marie Auby note « qu'il y a dans une large mesure coïncidence de l'ordre juridictionnel compétent et du droit applicable mais que cette adéquation n'est pas totale »[897]. De même, Jean-François Lachaume, à propos du principe selon

891. EISENMANN (C.), « Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français », *op. cit*.
892. LINOTTE (D.), *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, *op. cit*., p. 50.
893. CE, 24 novembre 2008, *Centre hospitalier de la région d'Annecy*, rec. t. 811 : application de l'article 1641 du Code civil concernant la garantie des vices cachés.
Voir : WALINE (J.), *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, thèse, 1962, 346 pages ; DELVOLVE (P.), « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », pp. 135-145, notamment pp. 139-140 in *Droit administratif, Mélanges René Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992 ; LE ROY (M.), *L'extension du bloc de légalité administrative*, thèse, 2007, 519 pages, pp. 93-141.
894. Cass. Civ., 23 novembre 1956, *Trésor Public c. Giry*, Bull. Civ. II, 407 ; *Dalloz* 1957, p. 34, concl. Lemoine ; *AJDA* 1957, p. 91 (chr. Fournier et Braibant) ; *RDP* 1958, p. 298 (note Waline) ; GAJA 21e éd., n°69.
Sur l'idée de pénétration des valeurs du droit public dans le droit privé, modifiant profondément ce dernier : RIVERO (J.), « Droit public et droit privé : Conquête, ou *statu quo* ? », *Dalloz* 1947, 18e cahier, chron., pp. 69-72, notamment pp. 69-71 ; MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse, LGDJ, Paris, 2004, 910 pages.
Voir aussi : LAMARQUE (J.), *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, thèse, LGDJ, Paris, 1960, 577 pages. L'auteur soutient l'idée , quand bien même il y aurait une large corrélation entre ordre de juridiction compétent et régime juridique applicable, que « la liaison entre la compétence judiciaire et le fond du droit applicable est loin d'être complète » (p. 530).
895. WALINE (M.), « À propos du rapport entre la règle et le droit applicable d'un procès et l'ordre de juridiction compétent », *op. cit.*, p. 9.
896. *Idem*. Voir aussi : WALINE (M.), *Droit administratif*, 9e éd., Sirey, Paris, 1963, 934 pages, p. 37.
897. AUBY (J.-M.), « Dualité juridictionnelle et dualisme juridique », pp. 105-113, p. 107 in *Le contrôle juridictionnel*

lequel « la compétence suit le fond », émet le souhait que cette formule soit « congédié[e] » au motif qu'elle est « devenue à bien des égards partiellement fausse et dangereuse »[898]. Cette distorsion entre droit applicable et juge compétent est la mieux résumée par Paul Amselek. Pour ce dernier, le lien automatique entre droit administratif et juge administratif « a, sans doute, été inspiré aux auteurs par le rôle fondamental qui a été historiquement joué par la juridiction administrative en matière de formation et d'application du droit régissant l'administration : encore que ce rôle n'ait jamais été exclusif […] il a pu susciter au départ une sorte d'illusion d'optique qui s'est ensuite cristallisée dans la doctrine administrativiste »[899]. L'histoire récente a déformé la réalité aux yeux des juristes.

2. L'existence d'un lien fort entre compétence du Conseil d'État et application du droit administratif

Disjoindre le droit applicable et le juge compétent, tout en acceptant un lien fort entre les deux, nous semble être la position la plus logique.

Premièrement, car elle ne suppose pas l'automaticité entre juridiction compétente et droit applicable. Sur le plan théorique donc, le lien entre Conseil d'État et droit administratif n'est pas mécaniquement établi. Cela ressort clairement des conclusions de l'Avocat Général Lemoine dans l'affaire *Giry*[900]. Soutenant l'application du droit public par le juge civil, il relève que « le principe de séparation des pouvoirs doit être considéré comme une simple règle de procédure. On y voit à tort une règle de fond qui interdirait notamment aux tribunaux judiciaires de faire application des règles de droit administratif »[901], avant d'en conclure, reprenant sur ce point les idées de Vedel, « que le juge civil soit saisi d'un litige où l'État est partie comme puissance publique, et où la compétence judiciaire se justifie par une idée étrangère à la nécessité d'appliquer les règles du droit privé, et alors ce juge pourra et devra même s'appuyer sur les principes qui gouvernent le droit administratif pour trancher un litige qui n'est pas de ceux que le droit privé envisage »[902].

---

de l'administration. Bilan critique, CERAP, Economica, Paris, 1991.
Voir aussi : ECKERT (G.), « Droit administratif et droit civil », pp. 601-649, p. 621 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit.*
898. LACHAUME (J.-F.), « La compétence suit la notion... », *AJDA* 2002, p. 77.
899. AMSELEK (P.), « Le service public et la puissance publique », *AJDA* 1968, pp. 492-514, voir pp. 493-494, et en général sur cette question, pp. 493-497.
900. *Dalloz* 1957, p. 34.
901. *ibid*., p. 36.
902. *ibid*., pp. 36-37.

L'application du droit administratif n'est pas « le monopole d'une juridiction déterminée »[903]. Il n'est ainsi pas étonnant que le juge judiciaire puisse, dans certaines occasions, appliquer les règles du droit administratif. Il en va ainsi lorsque le juge pénal a à connaître, par voie d'exception, de l'interprétation et de l'appréciation de la légalité des actes administratifs, ce en vertu de la loi[904]. De même, dans le cadre des jurisprudences *Septfonds* et *SCEA du Chénau*, établies par le Tribunal des conflits, le juge judiciaire peut être amené à être confronté à des actes administratifs[905]. La première lui confie l'interprétation des actes réglementaires ; la seconde l'autorise à contrôler la valider des actes administratifs, par voie d'exception, en cas de jurisprudence bien établie ou lorsqu'est en cause l'application d'une norme de l'Union européenne[906]. Enfin, la Cour de Cassation applique les règles de la domanialité publique même lorsque le contrat est de droit privé, comme c'est le cas entre un concessionnaire non délégataire de service public et un sous-occupant privé[907]. À tous ces cas, il est possible de rattacher les situations où le juge judiciaire prend en compte les nécessités administratives pour appliquer une règle de droit privé[908]. Cela donne alors naissance à un véritable « droit privé administratif »[909].

Cette formule n'est toutefois pas heureuse. Le droit ainsi produit doit être considéré comme du droit administratif. Certes, il est un droit administratif originaire du droit privé, que ce soit de source formelle (lorsque le juge administratif applique et adapte un article du Code civil par exemple) ou de source judiciaire (lorsque le juge judiciaire déforme le droit privé pour prendre en compte les nécessités administratives). Mais, nous l'avons dit, le droit administratif est avant tout le droit adapté à l'action administrative, et à l'intérêt général qu'elle porte. Il contient des pouvoirs et

903. *ibid*., p. 36.
904. Article L. 111-5 du Code Pénal. D'ailleurs, cela peut conduire à des distorsions entre juge pénal et juge administratif : DANTONEL-COR (N.), « Le juge judiciaire répressif et l'acte administratif unilatéral depuis la réforme du code pénal », *RSC* 1999, 17-34.
905. TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, rec. 498 ; TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chénau*, rec. 698 (GAJA 21e éd., n°111).
906. Voir sur ces questions : DRAGO (R.), « Le juge judiciaire, juge administratif », in *Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790*, *RFDA* 1990, pp. 758-763 ; GALLET (J.-L.), « Juge judiciaire et droit administratif », *AJDA* 2013, pp. 391-395.
907. La qualification de contrat de droit privé ressort ici de la jurisprudence du Tribunal des conflits : TC, 10 juillet 1956, *Société des Steeple-Chases de Franc*e, rec. 587. Bien que critiquée, cette jurisprudence a été confirmée par la suite : TC, 14 mai 2012, *Mme Gilles c. Société d'Exploitation Sports et Événements et Ville de Paris*, rec. 512 ; *RFDA* 2012, pp. 692-705, note Laetitia Janicot.
Pour une application récente de cette jurisprudence, en faveur de la compétence du juge administratif, motivée par le fait que le concessionnaire était aussi délégataire d'un service public : CE, 12 novembre 2015, *Société Le Jardin d'acclimatation*, rec. 395 ; *AJDA* 2016, p. 908, note Christophe Roux.
Pour l'application des règles de la domanialité en cas de compétence de la Cour de cassation : voir la note de Laetitia Janicot sur l'affaire Mme Gilles (précitée) ; voir aussi celle de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O.), « Le statut du commerçant installé sur le domaine public. Faut-il mettre fin à l'exclusion de l'exercice de la propriété commerciale sur le domaine public ? », *AJDA* 2005, pp. 633-646
908. Voir par exemple pour le cas de la détermination de l'assiette d'une servitude légale qui dépend en partie des contraintes pesant sur l'administration : Civ 3e., 5 septembre 2012, Bull civ. III, n°115.
909. Expression attribuée à Charles Eisenmann par Gabriel Eckert : ECKERT (G.), « Droit administratif et droit civil » *op. cit.*, p. 610, voir aussi pp. 621-622, pp. 637-638 et pp. 640-641 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit.*

des obligations particulières pour les acteurs de la relation publique. La spécificité de son contenu est révélée par sa comparaison avec le droit privé, non par le juge qui l'applique. Il est alors nécessaire d'admettre que le juge judiciaire peut produire du droit administratif en certaines occasions. Nier cela c'est lier indéfectiblement le Conseil d'État et le droit administratif. Elle consisterait à affirmer implicitement que sans Conseil d'État il ne peut y avoir de droit administratif. Certes, celui-ci est principalement produit par le juge administratif, nous l'avons rappelé. Cependant, il n'en est pas l'unique source ni l'unique utilisateur. Cela résulte de la nécessité pour le juge judiciaire de résoudre un litige particulier devant lui, et de sa volonté de ne pas y appliquer les règles du droit privé.

À l'inverse, il n'est pas rare que le Conseil d'État applique le droit civil. Il en va ainsi lorsque se trouve appliqué, *in extenso* et sans modification, un article du Code Civil. Tel est le cas des articles 1153 et 1154 concernant les intérêts de retard[910] ; on peut aussi penser à la sanction des vices de consentements dans la formation des contrats administratifs, qui repose sur l'article 1109 et suivants du Code civil[911] ; de l'article 2262 sur la prescription trentenaire, et ce jusqu'en 2005 au moins[912] ; ou à l'application de l'article 2270-1[913]. En résumé, le juge administratif n'applique pas que le droit administratif.

Deuxièmement, il faut admettre, car la jurisprudence va en ce sens, que lorsque le Conseil d'État est compétent, dans la très grande majorité des cas, c'est le droit administratif qui s'appliquera. Comme le note René Chapus, « la considération du droit applicable n'est pas et ne peut pas être un motif de la détermination de la juridiction compétente – pour la raison très simple qu'elle n'est elle-même jamais un point de départ de la pensée ou de l'analyse, mais un point d'arrivée : une

910. ECKERT (G.), *ibid*., pp. 602-649 et pp. 617-618.
911. *ibid*., p. 615.
912. CE, Sect., 24 mai 1974, *Société Paul Millet et Cie*, rec. 310, concl. Vught.
À partir de 2005, le Conseil d'État a changé quelque peu sa position. Il n'applique plus *in extenso* cet article, mais « les principes dont s'inspire l'article 2262 du Code civil » : CE, Ass., 8 juillet 2005, *Société Alusuisse-Lonza-France*, rec. 311, concl. Guyomar.
Pour une critique de cette évolution : MODERNE (F.), « Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le code civil » (Autour et à propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 8 juillet 2005, Sté Alusisse-Lonza-France) », pp. 641-661 in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle,* Dalloz, Paris, 2007.
La réforme du Code civil, opérée par la loi du 17 juin 2008, changeant la numérotation ainsi que le fond de l'article (passage à une prescription quinquennale) pose des difficultés quant à la réaction du Conseil d'État : PLESSIX (B.), « La réforme de la prescription en matière civile et le droit administratif », *RFDA* 2008, pp. 1219-1226 ; LAFAIX (J.-F.), « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », *RFDA* 2010, pp. 1089-1113, notamment les points 17 à 21 de l'article.
913. PIETRI (J.-P.), « Application par le juge administratif de l'article 2270-1 du Code civil à une action en garantie de l'entrepreneur contre les architectes », *AJDA* 1993, pp. 695-696.
Pour d'autres exemples, voir : PLESSIX (B.), « Le juge administratif, le contentieux de l'aide sociale et l'application du droit civil », *RFDA* 2005, pp. 375-392 ; ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. I., Dalloz, Paris, 2007, 1051 pages, pp. 10-27 et pp. 42-43.

conséquence, non une prémisse, du raisonnement, de la marche de pensée du juge »[914]. Ainsi, une fois la compétence du juge déterminée, la nature du droit applicable suit dans la grande majorité des cas, mais non de façon automatique. C'est par sa volonté que le juge applique le droit administratif, non parce qu'il lui est indissolublement lié. Selon nous, cette position permet de concilier la vision « pragmatique » de l'histoire du droit administratif avec le rôle créateur du Conseil d'État. Elle permet aussi de ne pas fermer la porte à l'idée que le juge civil, ou le législateur, puissent s'inspirer des valeurs du droit public pour faire évoluer le droit privé[915] ou que le juge civil applique des règles du droit public. Ces deux mondes ne sont pas cloisonnés, car chacun d'eux n'est pas lié indissolublement à un, et un seul, ordre de juridiction.

Pour en finir avec cette question du lien entre droit administratif et Conseil d'État, il nous semble qu'il est nécessaire de ne pas l'exagérer, afin d'éviter un nationalisme juridique exacerbé. L'institution du Conseil d'État, de par son histoire et sa nature, est certainement unique au monde. Lier Conseil d'État et droit administratif revient dès lors à lier droit administratif et France. Or, si la France veut avoir vocation à être « 'le' » modèle classique du droit administratif », il convient d'en déterminer avec précision les contours[916]. Dès lors, il est nécessaire de nuancer la filiation du droit administratif avec le Conseil d'État, sous peine de considérer que le premier ne peut aller sans l'autre. Telle nous semble être l'erreur commise par Maurice Hauriou en prémisse d'un développement comparatif. L'éminent auteur y affirme que dans de nombreux pays, dont l'Angleterre fait partie, « il n'y a pas, et c'est tout ce que nous voulons faire ressortir ici, cette cause puissante de développement d'un droit administratif original qui réside dans l'institution d'une forte juridiction administrative »[917]. Nous nous rangeons plus volontiers aux côtés de Jean-Marie Auby lorsqu'il affirme qu' « il ne fait pas de doute que la présence d'une juridiction administrative a permis le développement de ces règles particulières de droit public », mais pour autant « ce n'est pas dire […] que la dualité juridique résulte uniquement de l'existence d'une situation de dualité juridictionnelle »[918]. En France, l'existence d'un juge spécial pour l'administration a été un facteur

914. Note sous l'arrêt TC, 29 mai 1954, *Moritz*, rec. 708, *Dalloz* 1955.385, p. 387.
Voir aussi : CHAPUS (R.), *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, thèse, LGDJ, Paris, 1953, 583 pages, pp. 33-41 ; AMSELEK (P.), « Le service public et la puissance publique », *op. cit*., pp. 495-496. Ce dernier souhaite pour sa part que ce lien entre nature du droit applicable et juge compétent soit renforcé ainsi juge-t-il « tout à fait opportun, en effet, de lier la compétence juridictionnelle à la nature du droit applicable, c'est-à-dire de spécialiser les juridictions administratives et judiciaires en fonction du type d'instrument ou étalons juridiques à utiliser » (p. 506).
915. Voir sur ce point la thèse de Mustapha Mekki : *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit*.
Voir de façon générale sur ces questions : ECKERT (G.), « Droit administratif et droit civil », pp. 601-649 in *Traité de droit administratif*, t. I., sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.
916. AUBY (J.-B.), « Le droit administratif français vu du droit comparé », *op. cit*., p. 407.
917. HAURIOU (M), « Droit administratif », *op. cit*., pp. 13-14.
918. AUBY (J.-M.), « Dualité juridictionnelle et dualisme juridique », p. 106 in *Le contrôle juridictionnel de*

d'émergence et de systématisation des règles du droit public. En ce sens, le Conseil d'État a eu un rôle fondamental. Pour autant, cela constitue seulement un facteur, un élément de cette émergence, et non une condition *sine qua non*[919]. Il est alors nécessaire d'abandonner une définition du droit administratif reposant, même en partie seulement, sur un lien entre lui et la compétence du juge administratif[920].

Ainsi, le droit administratif se définit plutôt comme le régime juridique particulier de relations particulières : celles impliquant la puissance publique. En ce sens, il se caractérise par son particularisme c'est-à-dire par un ensemble de règles spéciales qui s'appliquent à l'activité administrative, sans prise en compte du juge qui fait respecter ces règles[921].

Nous ne pouvons faire l'économie de citer Marcel Waline. Posant la question de savoir si une règle de droit privé appliquée par le Conseil d'État restait de droit privé, il répondait ainsi : « pas nécessairement, car, à côté des règles spécifiques du droit privé et des règles spécifiques du droit public, il y a des règles communes, qu'il est arbitraire de rattacher plutôt au droit privé qu'au droit public, de façon à dire, si le Conseil d'État les applique : c'est par un emprunt au droit privé. Je crois qu'il faut dire qu'il y a des règles qui sont des règles générales du droit (ou, si l'on préfère, des principes généraux du droit), qui survolent les compartiments que des besoins parfois surtout pédagogiques ont fait établir entre les différentes branches du droit »[922]. En somme nous pouvons identifier trois catégories de règles, pour ce qui nous intéresse ici : celles communes aux deux ordres juridictionnels et appliquées dans les mêmes termes ; celles qui sont de droit administratif car n'existant pas en droit privé ; celles de droit privé car n'existant pas dans l'ordre administratif. Opérer une telle distinction ne revient donc pas à dire que dans chacune des deux dernières catégories il n'y a que des règles inconnues de l'autre. Leur spécificité peut n'être que partielle. En

---

l'administration. Bilan critique, *op. cit*.

919. CASSESE (S.), « Une des formes de l'État nouveau du monde. Réflexions sur le droit administratif français », *op. cit* : l'auteur explique la spécialité du droit administratif français par la dualité juridictionnelle et par la reconnaissance de pouvoirs particuliers à l'administration (pp. 168-170). Pour autant, concernant le premier élément, l'auteur doute de sa pertinence en l'espèce. Dès lors, selon Sabino Cassese « si le juge administratif est distinct du juge ordinaire, cela ne signifie pas qu'il doive nécessairement appliquer un droit différent ou agir avec des instruments différents » (p. 169). Ainsi, le lien juge spécial-droit spécial n'est pas certain.

920. Pour un tel lien : LAUCHAUME (J.-F.), « La définition du droit administratif », pp. 102-143, notamment p. 115 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.

921. Pour reprendre la distinction opérée par Yves Gaudemet entre autonomie (le système de droit administratif n'est pas une dérogation par rapport au système de droit privé, mais un système qui se dote librement de ses règles, ces dernières pouvant être semblables à celles du droit privé) et spécificité (les règles du droit administratif diffèrent de celles du droit privé) du système de droit administratif (GAUDEMET (Y.), « Le critère du droit administratif : une question nécessaire, une réponse impossible », pp. 3-20, notamment pp. 4-13, in *Mélanges Boivin*, Éditions La Mémoire du Droit, Paris, 2012).

922. WALINE (M.), « À propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent », *op. cit*., p. 13.

cela, il existe bien au sein même du droit administratif une certaine « échelle d'exorbitance »[923]. Rien n'empêche une règle de passer de l'une à l'autre des catégories mentionnées. Une règle de droit privé peut devenir commune si le juge administratif l'applique aussi, et inversement pour une règle de droit administratif ; de même, une règle commune peut devenir spécifique à l'un des ordres de juridiction si l'autre ne l'applique plus.

Une même approche permet de classer non plus les règles, mais les solutions particulières. Telle solution pour un litige identique peut être similaire aux deux ordres juridictionnels ; telle autre solution pourra être spécifique, soit au juge judiciaire, soit au juge administratif. Dans ce dernier cas, cela peut provenir soit d'une approche différenciée d'un même litige, soit de la survenance de litiges propres à l'un des ordres, mais inconnus de l'autre.

Une règle similaire pourra donner lieu à des solutions différenciées. La règle sera générale, commune aux deux ordres de juridiction ; les solutions seront en revanche de droit privé et de droit administratif.

Une telle présentation permet d'éviter le caractère « absurde », selon le mot d'Eisenmann, de l'assimilation au seul droit privé d'une règle s'appliquant à la fois à l'administration et aux particuliers[924]. Comme le célèbre professeur le relève d'ailleurs, les règles originellement de droit privé peuvent trouver à s'appliquer à l'administration. Dans ce cas, « elles sont communes aux deux droits, à ces deux ordres juridiques partiels »[925]. Cependant, Eisenmann ne semble pas aller au bout de cette logique puisqu'il affirme ensuite que « ceci dit et reconnu, il n'y a certes aucun inconvénient à les désigner comme règles de droit privé régissant l'Administration, en raison de leur domaine d'application originaire, et du document, de la « source » où elles sont consignées »[926]. Il faut alors plutôt dire que ces règles, bien que d'origines privées, sont générales et s'appliquent à l'ensemble de l'ordre juridique. Dire que ce sont des « règles de droit privé » introduit une certaine confusion. Appliquée à l'administration, dans les mêmes termes qu'aux particuliers, une règle provenant du droit privé, devient générale.

Que peut-on conclure de cet exposé pour ce qui concerne le lien entre droit administratif et recours pour excès de pouvoir ? Il faut noter deux choses importantes. En premier lieu, le droit administratif n'est pas appliqué uniquement par la voie du recours pour excès de pouvoir. Le juge administratif peut être saisi d'autres recours, comme le recours de plein contentieux, lui permettant d'appliquer et de développer le droit administratif. Le juge civil n'est pas tout à fait étranger à

923. ECKERT (G.), « Droit administratif et droit civil », notamment pp. 641-642 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.
924. EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t.I, LGDJ, Paris, 1982, 787 pages, p. 93.
925. *idem*.
926. *idem*.

l'application de ce droit, bien que cela se fasse dans des cas rarissimes. En second lieu, il n'est pas à exclure *a priori* que les principes de droit privé puissent influencer le droit qui s'applique par le biais du recours pour excès de pouvoir. Toutefois, le terrain de l'excès de pouvoir n'est pas le terrain propice pour cette interpénétration des régimes juridiques. L'analogie des situations soumises au juge de l'excès de pouvoir avec le droit privé étant malaisée, à la différence du domaine de la responsabilité, sa spécificité en est accrue.

Avant tout, le droit administratif est le produit de l'histoire et de la prise en compte de la spécificité du rôle de l'administration. C'est surtout ce dernier élément qui est le facteur d'émergence du droit administratif, dans un sens global, c'est-à-dire quelque soit le pays étudié.

II. Le droit administratif moderne, expression du pouvoir de création du juge administratif

Distendre le lien entre droit administratif et Conseil d'État n'a pas pour but de remettre en cause ses caractéristiques principales. Le droit administratif, dans tout pays, se développe et se définit en opposition par rapport aux autres droits constituant le système juridique. Cette définition par opposition ne lui est pas propre. Pour rester dans le cadre de la France, le droit du travail ou encore le droit commercial se sont construits dans leur différenciation avec le droit civil. Fondamentalement, ces droits appartiennent à la même branche générale, le droit privé. Ils ont tous comme préoccupations de régir les relations entre personnes privées. Pour autant, la nature des relations qu'ils ont à connaître est considérée comme différente[927]. De là découle la nécessité d'un droit particulier.

La même préoccupation irrigue le droit administratif. Il se construit en opposition au droit privé, et plus particulièrement au droit civil, en ce qu'il vient régler les relations entre individus et administration. Celles-ci étant perçues comme différentes des relations de droit privé, il est nécessaire d'y appliquer un droit particulier. Ce droit devra concilier des exigences contradictoires (B.). Ce caractère particulier du droit administratif, que l'on peut qualifier de substantiel, car touchant au fond du droit, se couple avec une autre caractéristique différente du droit civil, touchant à sa source : le caractère prétorien du droit administratif français (A.).

927. DARESTE (R.), *La Justice Administrative en France*, *op. cit.*, p. 677.

A. Un droit prétorien

Il ne sera pas nécessaire ici d'insister sur cette caractéristique bien connue du droit administratif français. En effet, comme l'affirmait en 1979 le doyen Vedel, « sur le fait que le droit administratif est un droit jurisprudentiel, tout a été dit et l'on n'a pas l'intention de revenir sur cette constatation »[928]. De même en 1897 déjà, Maurice Hauriou affirmait que « le Droit administratif français a quelque chose de prétorien en ce sens qu'il se développe par la jurisprudence du Conseil d'État, autant et plus que par la loi »[929]. Étant, comme nous l'avons vu, traditionnellement conçu comme le fruit de la jurisprudence du Conseil d'État, le droit administratif est marqué par son caractère jurisprudentiel.

L'étude du droit administratif passe tout d'abord par la lecture des arrêts du Conseil d'État, mais aussi du Tribunal des conflits. L'absence d'un Code de droit administratif, à l'image du Code civil, est aussi une conséquence de son caractère prétorien. Il est dès lors classique d'opposer le droit civil, qui serait essentiellement législatif et le droit administratif, création prétorienne[930]. Le rôle du juge administratif est central dans le domaine du droit administratif. Il a dégagé les grands principes de responsabilité administrative[931], ou encore il a fait émerger le recours pour excès de pouvoir[932]. Le Conseil d'État a rempli ce rôle pour pallier l'inaction du législateur dans le domaine administratif[933].

Le caractère prétorien du droit administratif est particulièrement mis en évidence dans les conclusions des Commissaires du gouvernement. À titre d'exemple, dans ses conclusions sur l'affaire *Savonneries Henri Olive*, le Commissaire du gouvernement Rivet devait éclairer le Conseil

928. VEDEL (G.), « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979, pp. 31-44, p. 31.
929. HAURIOU (M.), « Droit administratif », *op. cit*., p. 10.
Voir aussi : EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t. I, LGDJ, Paris, 2014, 787 pages, « Régimes de droit public et régimes de droit privé », pp. 301-525, voir pp. 310-355 in *Année 1954-1955* ; « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », pp. 413-436 *in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Charles Leben, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2002 ; BRAIBANT (G.), « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », pp. 91-102 notamment pp. 96-99 in *Droit administratif. Mélanges René Chapus*, *op. cit.*
930. *idem*.
Voir également : WALINE (M.), *Droit administratif*, 9e éd., Sirey, Paris, 1963, 934 pages, p. 19 ; DEBBASCH (C.) et COLIN (F.), *Droit administratif*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 23-24 ; WACHSMANN (P.), « La jurisprudence administrative », pp. 563-598, p. 567 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.
931. VEDEL (G.), « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? » *op. cit.*, p. 35.
932. Voir l'introduction.
HAURIOU (M.), « Droit administratif », *op. cit*., p. 10 : « on remarque particulièrement cette allure prétorienne dans la matière du recours pour excès de pouvoir, parce qu'il est avéré que ce recours d'une portée si considérable est entièrement l'œuvre de la jurisprudence du conseil d'État ».
Dès lors, comme l'affirme Pierre Delvolvé, « le contentieux administratif est parfois considéré comme destiné moins à vider les litiges qu'à en saisir l'occasion pour dire à l'administration ses obligations, et moins pour lui rappeler celles qui s'imposaient déjà que pour lui en faire observer de nouvelles » (DELVOLVE (P.), « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », *op. cit.*, p. 143).
933. WALINE (J.), *Droit administratif*, 26e éd., *op. cit.*, pp. 17-19.

d'État sur la possible application, par la juridiction administrative, de la théorie civiliste de la répétition de l'indû[934]. En l'espèce, le sieur Olive souhaite recouvrir les sommes qu'il a versées au Trésor pour obtenir la possibilité de faire une demande d'importation de matières premières nécessaires à la fabrication de savons. À cette époque, les importations étaient interdites. Un comité spécial avait été créé pour autoriser certaines dérogations limitées. Avant de solliciter ce comité, le sieur Olive avait fait venir une grande quantité de matières premières d'Angleterre, mettant l'administration devant le fait accompli. La demande du Sieur Olive avait pour but de lui permettre d'accéder à ses produits. À cette fin, le requérant a versé la somme demandée, puis l'a contestée devant le juge administratif. Après un rappel des divergences de jurisprudence au sein de la Cour de cassation, le Commissaire du gouvernement qualifie ces éléments d' « *intéressant* » mais précise cependant que « vous [les juges du Conseil d'État] ne sauriez oublier, qu'ayant à trancher, *non un litige entre particuliers*, mais *un litige où l'État est partie*, votre décision peut s'inspirer de principes différents »[935]. Dès lors, puisque le droit civil n'est qu'une source d'inspiration pour le juge administratif, il revient à ce dernier le soin d'établir les principes qui régissent l'affaire en cause. La question est surtout de savoir si, ayant connaissance de l'interdiction d'importation, le Sieur Olive pouvait toutefois obtenir le remboursement des sommes versées au Trésor. Pour cela, Rivet rappelle que « sur le terrain – assez nouveau – du quasi-contrat où cette affaire vous entraîne vous êtes maître de votre jurisprudence. À vous de la créer […] »[936]. Concluant en faveur du rejet de la requête, au motif que le requérant ne pouvait se prévaloir de sa propre turpitude, Rivet n'est pas suivi en l'espèce par le Conseil d'État qui accepte la demande du Sieur Olive.

Pour autant, la place de la loi et des sources écrites, en général, n'est pas à négliger. C'est pour cela que René Chapus parle d'« un droit fondamentalement jurisprudentiel »[937]. Les sources écrites, notamment internationales, ont indéniablement explosé dans les dernières décennies. Le rôle du Conseil d'État s'en trouve alors affecté. Face à la multiplicité des sources, le juge administratif doit concilier et interpréter les normes, plus que les produire[938]. Pour autant, le caractère essentiellement jurisprudentiel du droit administratif demeure. Le nombre des « grands arrêts » rendus depuis le début du nouveau millénaire est, à ce titre, révélateur[939].

934. CE, 25 novembre 1921, *Société « Les savonneries Henri Olive »*, rec. 977 ; *RDP* 1922, pp. 107-114, concl. Rivet.
935. *ibid.*, p. 113 (C'est l'auteur qui souligne).
936. *idem*.
937. CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, pp. 5-6 ; *L'administration et son juge*, PUF, Paris, 1999, 426 pages, pp. 21-26.
Voir aussi : HUBAC (S.) et ROBINEAU (Y.), « Droit administratif : vue de l'intérieur », *Revue Pouvoirs* 1988, pp. 113-126 ; LABETOULLE (D.), « Le juge administratif et la jurisprudence », *RA* 1999, num. spé. n°5, pp. 59-66 ; BARRAUD (B.), « Les sources du droit administratif. Évolutions et actualité de l' « exception administrative » », *RA* 2013, pp. 497-505.
938. LARZUL (T.), « Retour aux sources », pp. 289-305 in *L'intérêt général*, *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, Paris, 2015.
939. Le terme « grands arrêts » s'entend ici au sens de la nomenclature adoptée par les auteurs du recueil des *Grands*

Plus importantes pour notre étude sont les conséquences du caractère prétorien du droit administratif sur le rôle du juge administratif. En premier lieu, cela donne au droit administratif un caractère souple et mouvant[940]. Celui-ci peut donc s'adapter aux évolutions sociales et sociétales. Or dire cela, c'est admettre que c'est le juge qui fait évoluer le droit administratif. Il n'est en effet pas question d'admettre que le droit administratif évoluerait de lui-même. En ce sens, il est plutôt un outil façonné par le juge pour régler les problèmes qui se posent à lui. En second lieu, cela permet au juge administratif de prendre en compte des éléments divers afin de faire évoluer le droit administratif. L'exemple des conclusions Rivet citées précédemment est ici éclairant. Le droit civil, s'il n'est pas une source de droit administratif, au sens propre, constitue une inspiration, un exemple venant enrichir le raisonnement des juges dans la construction des règles de droit administratif.

Le droit administratif est essentiellement un outil entre les mains du juge, qui l'adapte, le fait évoluer pour remplir au mieux son contrôle : celui de gardien d'une certaine conciliation entre protection des administrés et garant d'une certaine liberté pour l'administration.

B. Un droit visant à concilier des impératifs contraires

Fondamentalement, le droit administratif est un droit de conciliation. Il peut être considéré comme ayant pour objectif de protéger tant l'efficacité administrative que les droits des individus (1.), ou encore entre les pouvoirs et les obligations de l'administration (2.). Reposant en fait sur une idée commune, ces deux éléments sont soutenus par des fondements similaires (3.). Nous exprimerons ici l'idée de façon générale. Celle-ci sera reprise et étudiée en profondeur dans la seconde partie de notre travail.

1. Concilier action efficace de l'administration et droits des individus

Cette nécessaire conciliation entre deux impératifs contraires est le cœur du droit

Arrêts de la Jurisprudence Administrative (GAJA). Dans la 19e édition (2013), ils sont au nombre de 17 (19 si l'on compte deux arrêts pour l'affaire *Danthony* ainsi que pour l'affaire *Commune de Béziers*), sur un recueil qui en recense 118, sur une période commençant en 1873. Cela représente environ 14% des arrêts, sur un nombre d'années représentant 10% de la période étudiée. Dans la 20e édition, de 2015, ils sont au nombre de 20 (23 si l'on compte, là encore, deux arrêts dans les cas *Danthony* et *Commune de Béziers*, ainsi que deux arrêts pour l'affaire *Lambert*) pour 118 arrêts étudiés, pour la même période. Cela représente environ 17% des arrêts sur une période représentant 12 % de la période. La tendance se confirme dans la 21e édition de 2017 qui compte deux arrêts de plus (trois si l'on en décompte deux pour les arrêts *Société Fairvesta International GmbH et autres* ainsi que *Société NC Numéricable* du 21 mars 2016 (n°117)).

940. VEDEL (G.), « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *op. cit.*, p. 35 ; GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, 21e éd., *op. cit.,* pp. 36-37 ; WALINE (J.), *Droit administratif*, 26e éd., *op. cit.*, pp. 17-19.

administratif, sa raison d'être, tout autant qu'elle fonde le rôle du juge administratif. La grande œuvre du juge administratif est d'avoir pu faire émerger un droit administratif moderne qui puisse opérer cette conciliation. Georges Vedel fait de cette mission l'étalon permettant de mesurer le niveau de développement du droit administratif. Dès lors, « l'on admettra, selon l'opinion courante, que la valeur d'un corps de règles juridiques destinées à régir la vie de l'Administration et les rapports de celle-ci avec les citoyens se mesure par les deux critères de l'efficacité de l'action administrative et de la garantie des droits, des libertés et des intérêts des administrés »[941].

Deux éléments sont donc présents pour le doyen Vedel : d'une part l'efficacité administrative et, d'autre part, la protection des droits et libertés des administrés. L'auteur va d'ailleurs plus loin. Selon lui, cette conciliation ne peut être mieux opérée que par le juge administratif. Réfutant l'idée que l'état des choses aurait été meilleur si l'administration avait été soumise à plus de lois, ou à une part plus importante du Code civil, Vedel conclut que « ni le bon fonctionnement de l'Administration ni la situation des administrés n'eussent gagné à cet état de choses », et qu'ainsi « notre droit administratif est, sinon le meilleur possible, du moins meilleur que s'il n'avait pas été élaboré par le juge administratif »[942]. Le rôle central du juge administratif est éminemment important car « la méthode insinuante du juge, malgré ses apparents détours, est sur beaucoup de points plus efficace »[943]. De même, et selon la célèbre formule de l'auteur, le juge administratif a permis la continuité du droit administratif, par opposition à la discontinuité du droit constitutionnel[944].

Dans son étude magistrale du recours pour excès de pouvoir, Raphaël Alibert affirme, à propos des juridictions ayant pour mission de contrôler l'administration, qu'elles ont été « créées dans un souci d'harmonie et d'équité supérieure, elles doivent partout assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs et des services publics, et protéger en même temps les droits individuels »[945]. Danièle Loschak note pour sa part que « des générations de juristes ont encensé notre système de protection des libertés contre l'arbitraire, articulé pour l'essentiel autour d'un droit administratif réputé apte à concilier les exigences de l'action administratives avec la garantie des droits individuels »[946].

941. VEDEL (G.), « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *op. cit.*, p. 32.
942. *idem*. Plus loin l'auteur ajoute « cette œuvre a été conduite avec plus de bonheur par le juge qu'elle ne l'aurait été par le législateur » (*ibid*., p. 35).
943. *ibid.*, p. 35.
944. VEDEL (G.), « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », pp. 777-793 in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline, op. cit*.
945. ALIBERT (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, p. 11
946. LOSCHAK (D.), « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Revue Pouvoirs*, 1988, pp. 45-55, p. 45 ; CHEVALLIER (J.), « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Revue Pouvoirs* 1988, pp. 57-70.

Pour Jean Waline « toute la dialectique du droit administratif consiste à concilier, de la manière la plus heureuse possible, l'exercice des prérogatives de puissance publique que l'on doit reconnaître à celui qui administre et la sauvegarde des droits des administrés »[947]. Confirmant d'ailleurs qu'historiquement le droit administratif s'est construit comme le droit protégeant l'action administrative, l'auteur souligne que « depuis quelques décennies on met beaucoup plus volontiers en œuvre les droits qu'il faut reconnaître à l'administré face à l'Administration »[948].

En jurisprudence, cette nécessité de conciliation est aussi clairement reconnue. Elle est affirmée d'ailleurs dans l'affaire la plus célèbre du droit administratif. Dans l'arrêt *Blanco*, rendu le 8 février 1873, le Tribunal des conflits a reconnu, concernant la responsabilité de l'administration, que celle-ci « a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés »[949]. Cette idée, exprimée ici par le Tribunal des conflits, d'une façon quelque peu laconique, ressort clairement dans les conclusions du commissaire du Gouvernement David. Mais là aussi, le principe semble tellement ancré dans les esprits, que David n'en fait que rappeler l'essence. Il suffit en effet au commissaire du Gouvernement de relever que les éléments qui entourent les services publics sont originaux : ceux-ci sont gérés dans « l'intérêt de tous », leur fonctionnement est particulier ou bien encore ils se constituent de pléthore d'agents aux statuts différents. De cela il découle qu'ils « rentrent […] naturellement dans le domaine de la juridiction administrative, mieux placée que l'autorité judiciaire pour interpréter les lois et les règlements de l'administration, pour connaître les besoins, les nécessités de chaque service, pour établir enfin entre les intérêts essentiels de l'État et les droits privés une conciliation qui est le caractère dominant de sa mission »[950]. La spécificité de la nature du litige oblige à avoir des règles spéciales, qui consistent à concilier « les droits de l'État », c'est-à-dire ses prérogatives, et les « droits privés ».

2. Concilier pouvoirs et obligations particulières de l'administration

Une autre opposition apparaît dans l'ordre des moyens dont l'administration dispose pour remplir sa mission. Elle est exprimée par Jean Rivero lorsque celui-ci affirme que le droit administratif a pour but de confier des prérogatives particulières à l'administration tout en lui

947. WALINE (J.), *Droit administratif,* 26e éd., *op. cit.*, p. 35.
948. *idem*.
949. TC, 8 février 1873, *Blanco*, rec. 1er, supplément 61.
950. Conclusions David, *Dalloz* 1873, pp. 20-22, p. 21.

imposant des sujétions particulières. Pour autant, cette dualité est quelque peu différente. Selon Rivero, « le but d'intérêt public commun à toutes les règles de droit administratif […] va, dans l'ordre des moyens, et c'est là le plan le plus déterminant en pratique, se réaliser par une série de dérogations au droit commun »[951]. Substantiellement, le droit administratif se distingue du droit privé par la relation d'inégalité qu'il produit ou régit.

D'une part, ces dérogations peuvent être en « en plus », c'est-à-dire que « l'administration se voit accorder un ensemble de prérogatives qui permet à sa volonté de produire, à l'encontre des personnes privées, des effets juridiques qui ne se rencontrent pas dans les relations de ces personnes, fondées sur l'égalité juridique »[952]. Mais, d'autre part, elles peuvent aussi être « en moins », et dans ce cas, l'administration dispose d'une capacité juridique inférieure à celle du particulier[953]. Cette dérogation au droit commun se traduit alors par « des limites ignorées des particuliers », au point, pour l'auteur, que « ce n'est plus l'administration impérieuse, c'est l'administration ligotée ; c'est, à côté de la puissance publique, la servitude publique »[954]. Le droit administratif crée donc une double situation d'inégalité par rapport au droit commun. Une inégalité « en plus » pour l'administration, se traduisant par des prérogatives exorbitantes du droit commun. Une inégalité « en moins » qui l'ampute de certaines capacités normalement reconnues aux individus, qui se retrouve dans l'idée de « sujétions particulières ». Cette idée n'est pas en tous points assimilable à celle faisant du droit administratif un droit de conciliation entre action administrative et droits des individus.

Lorsqu'il est question des dérogations « en plus », il ne fait aucun doute qu'elles rejoignent l'idée d'efficacité de l'action administrative. En revanche, les dérogations « en moins » ne se traduisent pas, à première vue, par des droits « en plus » pour les individus. Dans ces sujétions particulières, Jean Rivero range, de manière non exhaustive, les règles de but, de compétence, le recrutement des agents ou encore les règles de la domanialité. Toutes ces règles sont autant d'éléments qui, sans confier de droits et libertés, devront être respectés par l'administration, sous le contrôle du juge.

Mais si on lit ces sujétions particulières à la lumière des propos de Georges Vedel, elles prennent un sens particulier. Se penchant sur l' « uchronie » consistant à se demander ce qu'il serait advenu de la situation de l'administration si les juges n'avaient pas développé un droit administratif

951. RIVERO (J.), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *op. cit.*, p. 293.
952. *idem*.
953. *idem*.
954. *ibid.*, p. 287.

tel que nous le connaissons, l'auteur dresse un tableau peu reluisant de la situation. Concernant la responsabilité administrative, selon Vedel, les articles 1382 à 1384 du Code civil n'auraient pas permis l'élaboration de la théorie de l'égalité devant les charges publiques[955]. De même, dans ses relations contractuelles, l'administration aurait pu insérer des clauses très favorables pour elle, et donc défavorables pour son co-contractant[956]. Les limites aux pouvoirs de l'administration posées par le droit administratif peuvent, en ce sens, être considérées comme ayant pour objectif la protection des individus. Que ce soit dans des théories comme l'égalité devant les charges publiques, ou encore la théorie de l'imprévision, ou celle de l'excès de pouvoir, les limitations des pouvoirs de l'administration ont comme objectif de diminuer la capacité particulière de cette dernière, et d'ainsi protéger les individus. Yves Gaudemet note, illustrant cette vision, que « l'autonomie du droit administratif entraîne souvent des règles plus favorables à l'administration que celles du droit privé mais aussi, quelquefois, des règles moins favorables »[957]. Dans cette dernière catégorie, l'auteur classe notamment la théorie de la responsabilité, car « la consécration d'une responsabilité pour risque et l'extension de la responsabilité sans faute jouent en faveur des administrés »[958]. Les sujétions particulières de l'administration peuvent, pour certaines d'entre elles, s'analyser en des protections pour les administrés.

Cependant, certaines sujétions particulières ont un but autre. Il s'agit de veiller à ce que l'administration agisse toujours dans un but d'intérêt public. Tel est le cas du détournement de pouvoir. Cette règle ne protège aucun droit ; elle pose une limite afin de veiller à ce que l'administration ne poursuive pas d'autres buts que ceux posés par la loi, et correspondant à un intérêt général[959]. L'individu pourra bien évidemment former un recours en invoquant, de la part de l'administration, la poursuite d'un but non autorisé. Cependant, il est difficile ici d'y voir un droit[960].

955. VEDEL (G.), « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? » *op. cit.*, p. 33.
956. *ibid*.
Pour une énumération des clauses pouvant accorder soit des pouvoirs exorbitants, soit des sujétions particulières, voir : MARTIN (J.), « D'une définition à l'autre : nouvelles et anciennes difficultés à identifier les clauses révélant un contrat administratif », *RFDA* 2015, pp. 23-31, voir pp. 28-30.
957. GAUDEMET (Y.), « Le critère du droit administratif : une question nécessaire, une réponse impossible », pp. 3-20, p. 6 in *Mélanges Boivin*, Éditions La Mémoire du Droit, Paris, 2012.
958. *ibid*.
959. Ce que Maurice Hauriou qualifiait de respect de la « moralité administrative » :HAURIOU (M.), *Précis élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 231-232.
Voir aussi sur ce point le dossier proposé par les *Études et documents du Conseil d'État*, (La Documentation Française, Paris, 1999), notamment pp. 305-306 : la notion d'intérêt général serait pour la première fois apparue dans la jurisprudence du Conseil d'État comme limite à son pouvoir de décision (CE, 22 janvier 1901, *Pagès*). Voir dans le même rapport, TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », pp. 361-374, notamment pp. 366-369.
Sur le contrôle du détournement de pouvoir, voir *infra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, I, D.
960. Sauf à considérer, comme le faisait notamment Roger Bonnard qu' « existe un droit subjectif à la légalité des actes comme il existe un droit subjectif aux exécutions matérielles » (BONNARD (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*. *Étude de droit administratif comparé*, 1934, Ré-édition Dalloz, Paris, 2006, 266 pages, p. 66). Cette idée a été très critiquée en doctrine, et ne semble plus avoir cours.
Voir notamment : CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction*

En somme, comment caractériser la relation entre d'une part le droit administratif comme conciliation entre action administrative et protection des droits des individus, et droit administratif comme ensemble de prérogatives exorbitantes et sujétions particulières ? En fait, la première est l'objet du droit administratif, son but. La présence de pouvoirs spéciaux et de sujétions particulières constitue le régime du droit administratif, son contenu. Dire que le droit administratif s'applique c'est dire qu'un régime particulier s'applique, dans un but de conciliation entre action administrative et protection des droits.

Il convient de relever que l'évolution des fonctions et des exigences pesant sur l'administration conduisent à une redéfinition de ses moyens d'action, et des contraintes pesant sur elle. À ce titre, les nouvelles formes de gestion publique ont un impact croissant. Imprégnées des données et des exigences économiques, les sujétions pesant sur l'administration prennent de nouvelles dimensions, conduisant cette dernière à abandonner le régime exorbitant parfois inadapté à ses nouveaux défis[961]. Mais cela conduit aussi à redessiner le droit administratif. Ce dernier doit prendre en compte les nouvelles logiques managériales, ainsi que les exigences d'efficacité administrative, de plus en plus calquées sur le modèle de l'entreprise. Dans ce mouvement, s'ajoute la nécessité toujours plus grande de protéger les droits des individus. C'est ce qui fait dire à Jacques Chevallier que « du compromis réalisé entre ces deux logiques, dont l'articulation ne relève pas de l'évidence, dépendra l'évolution du droit administratif »[962]. Plus que jamais, et malgré les nouveaux défis qui l'attend, le droit administratif est un droit de conciliation entre efficacité administrative et droits des individus.

Dans cette perspective, le rôle du recours pour excès de pouvoir est ici fondamental. Il ouvre la porte du prétoire et permet au juge de porter son regard sur l'affaire. En effet, « c'est au *juge administratif*, *au juge de l'excès de pouvoir* qu'il incombe le rôle délicat d'apprécier […] si les atteintes portées aux droits individuels n'ont pas été *excessives* ou inspirées par des considérations *étrangères* aux fins prévues »[963]. L'objet du droit administratif est essentiellement celui d'une

administrative et de l'administration active, *op. cit.*, p. 169 et p. 177.

961. CAILLOSSE (J.), « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999, pp. 195-211, voir pp. 204-208 et p. 211 ; MELLERAY (F.), « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », *AJDA* 2003, pp. 1961-1964.

Déjà en 1947, Jean Rivero notait qu'une tendance se dessinait quant à une utilisation accrue des techniques du droit privé sous la pression des nouvelles exigences telle que le rendement (RIVERO (J.), « Droit public et droit privé : Conquête, ou *statu quo* ? », *op. cit.*, p. 71).

Cela découle aussi de l'impact croissant des droits européens : GAUDEMET (Y.), « Le critère du droit administratif : une question nécessaire, une réponse impossible », *op. cit.*, pp. 11-13.

962. CHEVALLIER (J.), « Le droit administratif vu de la science administrative », *RFDA* 2013, pp. 401-403, p. 403.

963. Conclusions Rivet dans l'affaire *Société « Les savonneries Henri Olive »* (CE, 25 novembre 1921, rec. 977 ; *RDP* 1922, pp. 107-114, p. 110. C'est l'auteur qui souligne).

conciliation. Ramené à son essence, il est ce qui permet de faire coexister une administration dont la mission particulière justifie l'application d'un droit dérogatoire (en plus ou en moins) et des individus, sujets de l'action administrative, qui doivent voir leurs droits et libertés protégés. Par le biais du recours pour excès de pouvoir, le juge administration se doit d'opérer cette conciliation propre au droit administratif.

3. Fondements du régime et de l'application du droit administratif

Nous avons mis en évidence que le lien qui unit le Conseil d'État et le droit administratif n'est pas aussi fort qu'une partie de la doctrine l'affirme. Cela conduit à une autre conclusion : il ne faut pas confondre champ du droit administratif et champ de compétence du juge administratif, et donc du recours pour excès de pouvoir (a.). Partant, il est nécessaire de trouver le fondement propre du droit administratif, celui qui explique son application. Celui-ci est, selon nous, double : il repose, d'une part, sur la présence d'un intérêt général à satisfaire (b.) et, d'autre part, sur l'expression d'une volonté qui conduit à appliquer ce droit particulier, que cette volonté soit celle du législateur, de l'administration ou du juge (c.).

a. La distinction entre champ de compétence du juge administratif et champ d'application du droit administratif

La particularité de l'essence du droit administratif conduit à la question de la justification d'un tel droit. Pourquoi l'administration doit-elle disposer de droits particuliers ? Pourquoi doit-elle être soumise à des sujétions particulières ? Pourquoi les droits et libertés des individus doivent-ils parfois plier devant l'exigence d'efficacité de l'action administrative ? Ces questions structurent le droit administratif[964]. Avant d'y apporter une réponse qui, disons-le, ne sera pas originale, en ce qu'il nous semble que la doctrine l'a donnée sans toujours la systématiser, il faut ici être précis sur l'objet de la question. Il est différent de celui du champ de la compétence du juge pour régler le litige.

964. MELLERAY (F.), « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », *op. cit.* : l'article met en évidence tant l'importance de ces questions, que leur déclin.
Voir aussi sur le déclin de la spécificité du droit administratif : GAUDEMET (Y.), « Le critère du droit administratif : une question nécessaire, une réponse impossible », *op. cit.*, pp. 11-13. Quelle que soit la tendance, l'objet du droit administratif reste la conciliation entre action administrative et droits des individus.

Trop longtemps, les deux questions ont été liées[965]. La raison de cette confusion est simple : le droit administratif a été considéré comme étant la condition de la compétence du juge administratif. Définir le droit administratif revenait alors à définir la compétence du juge administratif. Or, ce sont deux questions différentes comme nous l'avons montré plus haut. Il est dès lors possible de s'intéresser à ce qui justifie le droit administratif, sans se poser la question du critère de compétence du juge administratif. À tire d'exemple, étudiant dans un article récent le critère du droit administratif, Yves Gaudemet pose en premier lieu la spécificité de ce droit[966]. Puis, en guise d'introduction à sa recherche, il en vient à considérer qu' « affirmer l'autonomie de principe du droit administratif, c'est poser en effet nécessairement la question du principe, de la règle première sur laquelle se bâtit ce système de droit administratif et qui le fonde en tant que système »[967]. Cela ne semble pas contestable. Mais juste après, l'auteur lie cette question avec la problématique du critère du droit administratif. Ainsi, « dès lors que l'on admet une autonomie d'ensemble du droit administratif, et non pas dérogation au droit privé mais système parallèle de droit ayant sa cohérence et son domaine naturel d'application, se pose la question du principe explicatif de ce système de droit. Ajoutons que, dans la pratique cette question a été largement posée en termes de compétence contentieuse : le critère du droit administratif était recherché et présenté d'abord comme celui de la compétence du juge administratif »[968].

Cette confusion est malheureuse. Elle conduit à lier deux questions. D'une part, celle du principe explicatif du droit administratif et, d'autre part, la question du critère de compétence du juge administratif. Dès lors, comme le relevait René Chapus en 1968, « ne séparant pas le droit administratif et le contentieux administratif, les auteurs veulent rendre compte à la fois de ce qu'est le droit administratif et de ce qui, en tout état de cause, n'est pas le droit administratif : le régime de répartition de la compétence juridictionnelle entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire »[969]. De même, Jean Rivero relève que « c'est d'une nécessité pratique […] qu'est née la volonté de découvrir *le* critère du droit administratif ; en présence de la dualité des juridictions, on a souhaité, pour départager leurs compétences, une frontière nette »[970]. Cependant, la multiplication des cas de remise en cause du principe de liaison du fond et de la compétence permet « une réflexion sur la

965. Cette confusion est toutefois en voie de disparition : VAUTROT-SCHWARZ (C.), « La définition du droit administratif dans les Cours de Charles Eisenmann », *RDP* 2016, pp. 427-447, p. 444.
966. GAUDEMET (Y.), « Le critère du droit administratif : une question nécessaire, une réponse impossible », *op. cit.*, pp. 4-13.
967. *ibid.*, p. 13.
968. *idem*.
969. CHAPUS (R.), « Le service public et la puissance publique », *RDP* 1968, pp. 235-282, p. 236.
970. RIVERO (J.), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *op. cit.*, p. 290. C'est l'auteur qui souligne.
De même, dans son manuel, René Chapus, envisageant le champ d'application du droit administratif, étudie en fait le critère de compétence du juge administratif : CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, p. 3 et s.

spécificité du droit administratif qui ne prenne pas comme objectif premier et exclusif la délimitation de la compétence du juge »[971].

Ainsi, quel principe justifie la spécificité substantielle du droit administratif[972] ? Il faut, pour y répondre, poser la question au pluriel. « Quels principes » serait une formulation plus juste de la question. En effet, « en bonne logique, il n'y a aucune raison de poser *a priori* que le droit administratif s'organise autour d'un seul principe »[973]. Ils sont au nombre de deux. D'un côté, se trouve l'intérêt général[974]. De l'autre, il est nécessaire que s'exprime une volonté allant dans le sens d'une soumission au droit administratif.

b. L'intérêt général

La notion d'intérêt général est fondamentale en droit administratif. Nous l'avons déjà entrevue concernant la définition de certaines notions clés, comme le « service public ». Nous verrons qu'elle joue un rôle central, quoique critiquable, dans la nouvelle dénomination donnée par le Tribunal des conflits à la « clause exorbitante de droit commun ». L'intérêt général est en fait ce qui fonde le droit administratif, dans ses deux dimensions, tant en ce qui concerne les pouvoirs particuliers de l'administration, que ses sujétions particulières (*α.*). Pourtant fondamentale, cette notion n'en reste pas moins difficile, voire impossible, à définir (*β.*).

α. L'intérêt général, fondement du régime de droit administratif

L'intérêt général a une double dimension.

D'une part, il justifie l'action de l'administration. Il justifie le recours à des prérogatives particulières afin de « briser » les possibles résistances des individus et d'en limiter les droits et libertés[975]. C'est la facette autoritaire du droit administratif. En ce sens, il légitime le rôle et

971. Cette citation est extraite d'un texte issu d'un séminaire franco-polonais auquel Jean Rivero a participé en 1988. Ce texte est reproduit dans l'ouvrage qui lui est consacré, voir : MELLERAY (F.), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? À propos de deux articles de Jean Rivero », pp. 55-74, p. 70 in *Le professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, sous la dir. de F. Mélin-Soucramanien et F. Melleray, *op. cit.*
972. Pour une étude des propositions classiques, voir : EISENMANN (C.), « Définition et structure du droit administratif cours année 1951-1952 » pp. 13-153 et « Régimes de droit public et régimes de droit privé (cours année 1954-1955) », pp. 301-525 in *Cours de droit administratif*, t.I, LGDJ, Paris, 2014, 787 pages.
973. RIVERO (J.), «« Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *op. cit.,* p. 290.
974. LINOTTE (D.), *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, *op. cit.* ; TRUCHET (D.), *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*
975. Sur le lien entre intérêt général et application d'un régime de droit public, voir TRUCHET (D.), *ibid*., pp. 55-86.

l'existence même de l'administration[976]. À propos des idées de Marcel Waline, qui faisait de l'utilité publique le critère du droit administratif[977], Jean Rivero notait « que l'utilité publique soit le moteur de *toute* l'action administrative, on en tombe d'accord »[978].

D'autre part, l'intérêt général joue un autre rôle fondamental. Il vient limiter l'action administrative en imposant des sujétions particulières[979]. Ainsi, si l'administration peut passer outre les droits et libertés des individus, au nom de l'intérêt général, ce n'est que dans une certaine mesure. Cette mesure est donnée par l'importance de l'intérêt général en l'espèce[980]. De même, ce dernier doit être le but de l'action administrative. En cela, il est une condition de la légalité des actes de l'administration[981], « un instrument d'équilibre », tant des « pouvoirs de l'administration, [des] subtilités parfois excessives des voies et moyens ordinaires du contrôle contentieux, [des] autres intérêts en présence »[982]. Plus il sera important, plus la liberté de l'administration sera grande. À l'inverse, plus il sera faible, ou d'une importance moindre, plus les individus seront en mesure d'y opposer leurs droits et libertés. C'est en cela que les prérogatives et sujétions exorbitantes de l'administration sont « conditionnées, déterminées, par une finalité, l'intérêt général »[983].

Parce qu'elle agit dans un but supérieur, l'administration peut se voir appliquer un régime qui est dérogatoire, différent du régime commun[984]. Dès lors, l'inégalité entre administration et individu

976. HAROUEL (J.-L.) , « Administration », pp. 26-30, p. 27 in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D.Alland et S. Rials, PUF, Paris, 2003.
Voir aussi le *Rapport public du Conseil d'État, Réflexions sur l'intérêt général* (La documentation française, Paris, 1999), *op. cit.*, notamment p. 245 : les auteurs du rapport affirmant en guise d'introduction que c'est « à bon droit » que l'intérêt général doit être considéré « comme la pierre angulaire de l'action publique, dont il détermine la finalité et fonde la légitimité ».
Voir aussi LINOTTE (D.), *ibid*, p. 106.
977. Nous ne nous intéresserons pas ici à la possible opposition entre utilité publique et intérêt général. Dans son article, Jean Rivero semble utiliser l'un pour l'autre (RIVERO (J), «Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *op. cit.*, p. 282 et p. 292). Dans le même sens voir CAILLOSSE (J.), « Le droit administratif contre la performance publique ? », *op. cit.*, p. 205 .
Pour certains, l'intérêt général serait une composante de l'utilité publique : voir STIRN (B.), « L'intérêt », pp. 837-842, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D.Alland et S. Rials *op. cit*, s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil d'État.
978. RIVERO (J.), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *op. cit.,* p. 282. C'est l'auteur qui souligne.
979.Voir la note de Raphaël Alibert sur l'affaire *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* (CE, Sect., 30 mai 1930, rec. 583, note au *Sirey* 1931.3.73) dans laquelle l'auteur affirme que « l'intérêt général dicte précisément les limites qu'il faut assigner aux pouvoirs, pourtant si larges, des conseils municipaux ».
980. LINOTTE (D.), *ibid.*, pp. 371-387.
981. TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, pp. 87-201.
982. TRUCHET (D.), « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », *op. cit.,* pp. 362.
983. PONTIER (J.-M.), « Qu'est-ce que le droit administratif ? », *AJDA* 2006, pp. 1937-1940, voir p. 1940.
984. WALINE (J.), *Droit administratif,* 26e éd., *op. cit.*, pp. 11-12, et p. 34.
Voir aussi : STIRN (B.), *ibid*., p. 839 (« Pour le droit public, l'intérêt général est, au moins de manière implicite, une référence constante. Les prérogatives de puissance publique sont attribuées en son nom »), et p. 841 (« les prérogatives de puissance publique sont accordées à l'administration non dans son intérêt propre mais afin de lui permettre de servir l'intérêt général ») ; FARDET (C.), « La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général », *AJDA* 2000, pp. 115-119.

ne se résume pas à une inégalité de moyens. Elle se traduit avant tout par une inégalité de but. Cette dernière se fonde sur la hiérarchisation des intérêts en présence, l'intérêt général recevant une place plus importante que les intérêts privés[985]. La notion d'intérêt général est donc centrale : elle est le principe et la limite des pouvoirs exorbitants de l'administration[986].

Cet état de fait était déjà relevé, là aussi comme une évidence, par le Commissaire du gouvernement David dans ses conclusions sur l'affaire *Blanco*. Aux fins de justifier le rôle particulier du juge administratif, et du droit administratif, David relève l'impossibilité « en bonne raison et en bonne justice, d'assimiler complètement l'État à un simple particulier pour ses rapports avec ses agents et pour les conséquences qui en peuvent dériver du point de vue de sa responsabilité vis-à-vis des tiers »[987]. Selon le célèbre commissaire du Gouvernement, cela s'explique parce qu'il revient à l'État de gérer des activités « non dans un intérêt privé, mais dans l'intérêt de tous »[988].

Nous l'avons dit, cette définition n'est pas originale. Jean Rivero l'a mise en évidence bien avant nous. Résumant les fruits de son étude sur le critère du droit administratif, il proposait la formule suivante : « les règles du droit administratif se caractérisent par les dérogations au droit commun *qu'exige l'intérêt public*, soit dans le sens d'une majoration, au profit des personnes publiques, des droits reconnus aux particuliers dans leurs relations, soit dans le sens d'une réduction de ces droits »[989]. Le droit administratif a deux jambes, guidées par une idée directrice fondamentale : l'intérêt général. De même, il donne la mesure dans laquelle des droits et des libertés pourront être limités afin d'assurer la mise en place de l'action administrative.

À ce titre, on peut regretter la nouvelle formulation de la clause exorbitante de droit commun adoptée par le Tribunal des conflits[990]. Dorénavant, le juge des conflits parle d'une « clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution

985. TRUCHET (D.), « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », *op. cit.*, p. 371 ; MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, pp. 20-21.
986. LINOTTE (D.), *ibid.*, p. 5 (« Droit « inégalitaire dans les deux sens » , c'est en raison des nécessités de l'intérêt général, que le Droit Administratif se présente tout à la fois comme un Droit de Prérogatives et de Sujétions »), voir pp. 94-95, et plus généralement, pp. 100-157.
Voir également : *Rapport public du Conseil d'État, Réflexions sur l'intérêt général* (La documentation française, Paris, 1999), *op. cit.*, p. 266 et pp. 271-311.
987. Conclusions David, *Dalloz* 1873, pp. 20-22, p. 21.
988. *idem*.
989. RIVERO (J.), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *op. cit.*,p. 294 (c'est nous qui soulignons). L'auteur affirme de même que « peu importe que ce but [d'intérêt général] ne lui soit pas spécial, dès lors qu'il ne s'agit pas de trouver en lui un critère, mais bien un principe d'explication, combiné avec d'autres » (*idem*.).
Voir aussi : RIVERO (J.), *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 1960, 550 pages, p. 8 ; LINOTTE (D.), *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 5, pp. 94-95 et p. 100 et s. ; LATOURNERIE (R.), « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou Jouvence ? », *EDCE* 1960, pp. 61-159 notamment p. 104, pp. 107-108 et p. 113.
990. TC, 13 octobre 2014, *Sté Axa France IARD*, rec. 471 ; *RFDA* 2014, pp. 1068-1073, concl. Desportes ; *RA* 2015, p. 34, note. F. Brenet.

du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ». On perçoit ici le lien opéré entre intérêt général et régime exorbitant. Bien qu'émanant du Tribunal des conflits, cette formulation mérite d'être étudiée en ce qu'elle constitue un élément de définition du droit administratif. Si ce n'est certes pas le rôle du juge des compétences, il y participe nécessairement. Ses décisions ne lient certes pas les juges des deux ordres de juridiction. Pour autant, tant le Conseil d'État que la Cour de cassation ont fait leur cette nouvelle formulation[991]. Deux éléments sont en effet à noter.

Il faut en premier lieu relever que la référence à l'intérêt général met en évidence qu'il constitue la justification première du droit administratif. Aux termes des conclusions du rapporteur public Frédéric Desportes, deux conditions sont nécessaires pour qualifier d'exorbitante une clause du contrat : l'intérêt général et les prérogatives de puissance publique[992]. Il relève qu'il faut « revenir à ce qui fait la spécificité de l'action administrative : l'accomplissement d'une mission d'intérêt général par la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique »[993]. Cependant, l'importance de l'intérêt général est minimisée ici. En effet, il ne permet pas la qualification de la clause par sa seule présence. L'intérêt général permet « de préciser que, parmi les clauses que nous avons qualifiées d'inégalitaires, seules révèlent l'existence d'un rapport de droit public celles qui ont été insérées dans un but d'intérêt général »[994]. La référence permet ici de jouer le rôle de filtre et de restreindre la qualification de contrat administratif qu'aux seuls cas où la clause est étrangère aux relations contractuelles de droit privé, et cela, dans un but d'intérêt général[995]. Ici se situe le premier regret. L'intérêt général ne doit pas être considéré comme un filtre, mais comme un fondement. C'est lui qui justifie le recours aux prérogatives et aux sujétions particulières. Affirmer, comme le fait le rapporteur public que les clauses doivent avoir été « insérées dans un but d'intérêt général » relève, au mieux de la tautologie, au pire d'une volonté de restreindre l'application du droit administratif. L'utilisation des prérogatives de puissance publique se justifie toujours dans l'intérêt général, car c'est afin d'atteindre ce but que l'administration en est dotée[996].

991. Respectivement : CE, 27 octobre 2015, *M. Arrou et autres*, rec. t. 756 ; Cass, 1ere civ., 17 février 2016, req. n°14-26.632.
992. *RFDA* 2014, p. 1072.
BASSET (A.), « De la clause exorbitante au régime exorbitant du droit commun (à propos de l'arrêt du *T. confl. 13 octobre 2014, Sté Axa France IARD, n°3963*) », *RDP* 2015, pp. 869-879.
993. *ibid.*, p. 1071.
994. *ibid*., p. 1072.
995. Sur le rapport entre intérêt général et clause exorbitante dans cette affaire, voir : MARTIN (J.), « D'une définition à l'autre : nouvelles et anciennes difficultés à identifier les clauses révélant un contrat administratif », *RFDA* 2015, pp. 23-31, notamment pp. 25-27. L'auteur conclut que « c'est l'intérêt général qui apparaît comme le dénominateur commun des critères matériels du contrat administratif » (p. 31).
996. Au terme de sa démonstration, Antoine Basset explique que la nouvelle formulation adoptée par le Tribunal des conflits « permet de comprendre la force déterminante accordée à l'intérêt général : pas n'importe quel intérêt général, donc, mais celui que l'on trouve dans le service public, c'est-à-dire celui qui se donne les moyens de sa mission, et qui

En second lieu, un autre regret peut être exprimé. La formule retenue par le Tribunal des conflits n'illustre qu'une partie de ce qu'est le droit administratif. Le juge fait seulement référence aux prérogatives de puissance publique. Regret d'autant plus important que Frédéric Desportes proposait « de définir les clauses caractérisant un rapport de droit public et donc emportant la qualification administrative du contrat comme celles qui, dans un but d'intérêt général, soit confèrent à la personne publique des prérogatives ou des avantages exorbitants, soit imposent à son cocontractant des obligations ou des sujétions exorbitantes »[997]. Si la formule proposée est plus conforme à ce qu'est le droit administratif, elle n'est toujours pas complète. Comme le relève François Brenet dans sa note sur cette affaire, si ces prérogatives « sont incontestablement la marque de l'administrativité du contrat […] il en existe bien d'autres qui se traduisent par des sujétions pesant sur la personne publique »[998]. L'idée que le droit administratif constitue un ensemble de pouvoirs bénéficiant à la personne publique ou imposant des obligations aux autres entités a encore de beaux jours devant elle. Il aurait été préférable d'adopter une formulation plus nuancée, incluant la possibilité que la clause comporte des sujétions particulières pour l'administration, signe aussi du caractère administratif du contrat. Espérons que l'utilisation de l'adverbe « notamment », dans la formule du Tribunal des conflits, permette d'inclure la seconde facette du droit administratif[999].

β. L'intérêt général, notion nécessairement indéfinissable

Bien qu'étant l' « immense soubassement » du droit public, l'intérêt général n'en est pas moins difficilement définissable[1000]. Qu'est-ce que l'intérêt général ? Remontant à ses origines, Bernard Stirn y voit « le successeur du bien commun »[1001]. Dès lors, l'intérêt général « n'est pas une addition des intérêts particuliers », mais plutôt « un idéal commun, il correspond à la meilleure

---

ne peut être appréhendé par le droit administratif en l'absence de ces moyens » (*ibid*., p. 877).
Pour Julien Martin cependant, le fait de mentionner expressément l'intérêt général dans la définition de la cause est « essentiellement explicatif ». (p. 27). L'impact sur la jurisprudence devrait être nul.
997. *RFDA* 2014, p. 1072.
998. Note sous l'arrêt *Sté Axa France IARD* (TC, 13 octobre 2014, *RFDA* 2014, p. 1068, concl. Desportes ; note *RA* 2015, p. 38)
999. Espoir partagé par Julien Martin (*ibid.*, p. 28).
1000. TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 62 ; COQ (V.), *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, thèse, L'Harmattan, Paris, 2015, 659 pages.
1001. STIRN (B.), « L'intérêt », voir p. 837, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D.Alland et S. Rials *op. cit.*
Sur l'idée que l'intérêt général n'est pas la somme des intérêts individuels mais un idéal transcendant les intérêts particuliers, voir : *Rapport public du Conseil d'État, Réflexions sur l'intérêt général*, *op. cit*., pp. 257-261.
Pour une mise en opposition entre intérêt général et bien commun, voir : DESWARTE (M.-P.), « Intérêt général, Bien commun », *RDP* 1988, pp. 1289-1313.

satisfaction collective des valeurs partagées »[1002]. Dit autrement, il correspond à ce qui est « à l'avantage de tous »[1003]. « Idéal commun » donc, l'intérêt général renvoie surtout à un idéal supérieur. En effet, « aujourd'hui, comme hier, l'intérêt général exprime l'idée que la collectivité a des exigences qui dépassent les intérêts du groupe ou des individus qui la composent et se traduisent par des mesures qui peuvent froisser ces intérêts »[1004]. C'est en cela que cet intérêt transcendant prime les intérêts privés.

Défini comme ce qui est « à l'avantage de tous », l'intérêt général acquiert une grande souplesse. Ce qui est aujourd'hui « à l'avantage de tous » ne le sera pas automatiquement demain, et inversement[1005]. Dès lors, son « contenu est éminemment mouvant »[1006], au point d'être « proprement indéfinissable »[1007]. L'une des illustrations les plus nettes de ce caractère souple est à trouver en jurisprudence. En effet, cette notion est aussi centrale pour le juge administratif, ce qui ne peut étonner dès lors qu'elle est centrale en droit administratif. Notamment, il appartient au juge administratif de l'identifier lorsque le législateur ne l'a pas fait[1008]. Dans ses conclusions sur les affaires *Commune de Gennevilliers* et *Commune de Nanterre*, le Commissaire du gouvernement Jacques-Henri Stahl a sollicité de la part des juges du Conseil d'État un revirement de jurisprudence, au motif que l'intérêt général autrefois exclu dans le type d'affaire à juger, est désormais présent[1009]. Dans les deux espèces, la question posée au juge portait sur la possibilité pour une commune de faire varier le prix d'un service public local en fonction des revenus des usagers du service. Dans ses conclusions, Jacques-Henri Stahl rappelle que « l'intérêt général est une notion

1002. *ibid.*, p. 840.
Voir aussi : *Rapport public du Conseil d'État, Réflexions sur l'intérêt général, ibid.*, p. 245 ; pp. 248-253.
1003. *Vocabulaire juridique*, 11e éd., sous la dir. de G. Cornu, PUF, Paris, p. 565.
1004. TRUCHET (D.), « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », *op. cit.*, p. 370.
1005. Voir en ce sens les conclusions du Commissaire du gouvernement Josse sur l'affaire *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* (CE, Sect., 30 mai 1930, rec. 583 ; GAJA 21e éd., n°41) : « l'intérêt public est conditionné par toute une série de circonstances de fait, de temps et de lieux, d'appréciation sur la façon plus ou moins satisfaisante dont l'industrie libre pourvoit aux besoins des consommateurs dans la commune. Ce qui sera licite en tel endroit ne le sera pas dans tel autre. D'autre part et surtout la jurisprudence n'est pas figée. Elle est susceptible d'évoluer, de se développer selon l'idée que l'on se fera à un moment ou à un autre des besoins du public. Ces besoins peuvent se modifier. Ce qui n'est pas jugé indispensable aujourd'hui pourra l'être demain » (*Sirey* 1931.3.73, p. 77 ; note Alibert).
1006. *Rapport public du Conseil d'État, Réflexions sur l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 245.
Ou bien encore « l'intérêt général est par nature une notion imprécise, qui ne s'interprète que par rapport à des situations concrètes, et dont l'indétermination n'est que la contrepartie nécessaire plasticité » (*ibid*., p. 310).
1007. Voir : TRUCHET (D.), « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », *op. cit.*, p. 372, voir aussi p. 370.
Pour une tentative de définition par un privatiste, voir : MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, op. cit.*, pp. 10-21.
1008. TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, pp. 297-313 ; *Rapport public du Conseil d'État, Réflexions sur l'intérêt général, op. cit.*, pp 306-308, p. 311.
1009. CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers* et *Commune de Nanterre*, rec. 499 ; *RFDA* 1998, pp. 539-545, concl. Stahl.

d'une certaine plasticité »[1010]. Afin de justifier le revirement de jurisprudence, et admettre une discrimination tarifaire au motif que cela est justifié par l'intérêt général, le commissaire du Gouvernement relève la différence de contexte entre 1985, date à laquelle le Conseil d'État avait refusé la modulation tarifaire du fait de l'absence de nécessités suffisantes d'intérêt général[1011], et 1997, date à laquelle la décision pour laquelle M. Stahl conclut est rendue. En « seulement » douze ans, le contexte a évolué au point que l'intérêt général ait fait irruption. Dès lors, « admettre en 1997 qu'est d'intérêt général tout ce qui contribue à affermir ou rétablir le lien social ne nous paraît pas déraisonnable », au point de rendre « anachronique » la jurisprudence de 1985[1012]. Le Conseil d'État suivra finalement son commissaire du Gouvernement, et acceptera les modulations tarifaires en l'espèce, au motif qu'elles sont justifiées par l'intérêt général.

Inversement, les contraintes pesant sur l'administration ne manquent pas d'influer sur la notion d'intérêt général. C'est ainsi que, récemment, Jacques Chevallier relevait que la perte de confiance dans l'action administrative contraint l'administration à faire évoluer ses démarches. Du fait des exigences d'efficacité pesant sur elle, « l'intérêt général ne se présume plus ; il ne s'impose plus comme argument d'autorité mais dépend de la pertinence des actions engagées »[1013]. Cette pertinence joue nécessairement sur l'intérêt général en lui-même, puisqu'il est dorénavant « rapporté, non au contenu des décisions prises, mais à la démarche suivie par les décideurs publics »[1014]. Dès lors, la légitimation de l'action administrative passe par la mise en place de procédures permettant d'évaluer l'efficacité d'une politique, mais aussi par l'adhésion des administrés à celle-ci[1015]. L'intérêt général reste cependant au cœur de l'action administrative, tant comme but que comme moyen de légitimation. S'il est aujourd'hui concurrencé, et ainsi affaiblit, il ne disparaît pas pour autant. L'intérêt général se renouvelle grâce aux nouveaux enjeux de l'action administrative. Ne dira-t-on pas qu'une décision transparente, efficace et prise de façon consensuelle sera d'intérêt général ? Si ces nouvelles problématiques paraissent en premier lieu le concurrencer, elles peuvent en fait, *in fine*, le renforcer. Cela implique cependant une modification des paradigmes de l'action administrative. C'est le signe, là encore, de la souplesse de l'intérêt général.

À ce caractère intrinsèquement souple s'ajoute une dimension subjective. Bien qu'étant ce qui est « à l'avantage de tous », l'intérêt général peut faire l'objet d'appréciations divergentes selon le

1010. *ibid.*, p. 542.
1011. CE, Sect., 26 avril 1985, *Ville de Tarbes*, rec. 119.
1012. *idem*.
1013. CHEVALLIER (J.), « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », pp. 83-93 notamment p. 89 in *L'intérêt général*, *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, *op. cit* .
1014. *ibid*., p. 91.
1015. CONSTANTINESCO (V.), « De « NIMBY » à « BANANA » ou les vicissitudes de l'intérêt général... », pp. 105-114 in *L'intérêt général*, *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, *op. cit*

point de vue de celui qui cherche à l'observer. L'opposition qui a eu lieu entre Hauriou et le commissaire du Gouvernement Mazerat sur la question des théâtres reflète la subjectivité de la notion d'intérêt général. Dans sa note de 1916 sous l'affaire *Astruc*, Maurice Hauriou relève qu'« il suffit, pour qu'elles [les manifestations de la vie sociale en général] doivent n'être pas érigées en service public, qu'elles ne soient pas absolument bonnes, qu'elles soient mélangées de bien et de mal, d'avantages et d'inconvénients, car on peut poser en principe que les services publics doivent être des entreprises complètement bonnes et utiles pour la vie sociale, à moins qu'elles ne soient tellement nécessaires que cette nécessité même fasse passer par-dessus leurs inconvénients »[1016]. Or, pour le doyen de la faculté de Toulouse, « on accordera que, dans l'organisation de services publics de théâtres, de spectacles et d'amusements, il n'y aurait pas cette nécessité publique qui forcerait de passer par-dessus les inconvénients »[1017]. Dès lors, pour l'arrêtiste, il n'y a pas d'intérêt général présent. À l'opposé, dans ses conclusions sur l'affaire *Gheusi*, le commissaire du Gouvernement Mazerat précise que « l'existence de l'Opéra-Comique (et généralement des théâtres nationaux) répond a une idée beaucoup plus élevée : contribuer au progrès des arts en France, tout à la fois en perpétuant l'exécution des chefs-d'œuvre classiques et en représentant chaque année un certain nombre d'œuvres nouvelles. Elle entre dans la mission civilisatrice de l'État au même titre que les musées nationaux ou l'École des Beaux Arts »[1018]. Ainsi pour le premier, le théâtre est contraire aux bonnes mœurs, pour le second il est une œuvre civilisatrice. Tout cela en seulement sept années d'écart. Plus que l'évolution du temps, c'est bien le point de vue personnel de celui qui cherche à déterminer la présence de l'intérêt général qui entre en jeu.

L'utilisation de pouvoirs particuliers et la soumission à des sujétions exorbitantes ne peuvent se justifier que par l'intérêt général, et elles ne peuvent être déterminées dans le respect de ce dernier[1019]. Cependant, l'intérêt général ne suffit pas. S'il est nécessaire, il n'est cependant pas suffisant pour justifier l'application du droit administratif[1020].

c. La nécessité de l'expression d'une volonté

Bien que toujours guidée (en principe) par l'intérêt général, l'administration n'userait pas

1016. CE, 7 avril 1916, *Astruc*, rec. 163 ; *Sirey* 1916.3.49, concl. Corneille et note Hauriou, citations pp. 49-50.
1017. *ibid.*, p. 50.
1018. CE, 27 juillet 1923, *Gheusi*, rec. 638 ; *RDP* 1923, p. 560, conclusions Mazerat et note Jèze.
1019. LAMARQUE (J.), *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs, op. cit.*, 494-496 ; TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, pp. 87-200.
1020. L'intérêt général peut d'ailleurs conduire à la mise en jeu, au sein d'un régime de droit privé, de règles de droit public, qui peuvent être appliquées par le juge judiciaire : voir sur ce point, LAMARQUE (J.), *ibid*.

toujours des moyens mis à disposition par le droit administratif[1021]. Comme le relève Didier Truchet, « l'intérêt général définit le champ maximum d'application du droit administratif, la délimitation effective résultant du jeu des éléments réducteurs »[1022]. Il est dès lors nécessaire de faire entrer dans l'équation une autre donnée. En effet, si le droit administratif repose sur l'intérêt général, son champ d'application ne s'étend pas à toutes les situations d'intérêt général. Il nous semble qu'avant tout, le droit administratif sera utilisé parce qu'il en aura été décidé ainsi par certains organes. Cette volonté permet alors de traiter l'intérêt général par le biais de règles particulières. Elle s'exprime par la voix Parlement (*α.*), de l'administration (*β.*) ou du juge (*γ.*).

α. L'application du droit administratif par la volonté du Parlement

Nous avons déjà mentionné des cas dans lesquels le Parlement attribue, plus ou moins expressément, à un juge, ou soumet à un droit en particulier, la connaissance de certains litiges[1023]. Trois situations différentes peuvent être identifiées : soit le Parlement exprime clairement sa volonté de voir tel droit s'appliquer ; soit la loi qualifie une situation ; soit elle attribue expressément à un juge la connaissance de certaines matières. Dans chacune de ces hypothèses, la volonté du Parlement s'exprime différemment et avec plus ou moins de clarté. Au fil des situations relevées, elle va decrescendo.

Dans le premier cas, la loi du 31 décembre 1957 peut être prise en exemple. Elle octroie au juge judiciaire le contentieux de la responsabilité pour les dommages causés par des véhicules, même appartenant à une personne publique. La loi va plus loin puisque son article 1er alinéa 2 prévoit que l'action en réparation « sera jugée conformément aux règles de droit civil »[1024]. Cette précision exprime nettement la volonté du Parlement de ne pas seulement faire de la juridiction judiciaire l'organe compétent pour ce type de litiges. La résolution doit se faire au regard du droit civil.

Dans le deuxième cas, la loi vient donner une certaine dénomination à la situation en cause. Tel est le cas lorsque les textes qualifient certains contrats de contrats administratifs. Peuvent ici

1021. LAMARQUE (J.), *ibid.* ; EISENMANN (C.), « Régimes de droit public et régimes de droit privé (cours année 1954-1955) », *op. cit.,* pp. 339-342.
1022. TRUCHET (D.), *ibid*., pp. 55-56.
1023. Voir s*upra* : Chapitre I, Section I, I, A.
1024. Loi n° 57-1424 du 31 décembre 1957 attribuant compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigés contre une personne de droit public.

être cités l'article L. 1415-1 du CGCT[1025] ou encore les articles 3 des ordonnances du 24 juillet 2015 et du 29 janvier 2016, réformant le Code des Marchés Publics[1026]. En procédant ainsi, le Parlement exprime sa volonté de voir les contrats concernés être soumis au régime des contrats administratifs. Sur ce point, l'exemple de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 concernant le Code des Marchés Publics est clair. Il prévoit que « les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ». Toutefois, ce même article précise que « le juge judiciaire demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi ». Cela démontre bien que de la qualification de contrats administratifs par la loi entraîne la compétence du juge administratif et, *a contrario*, l'impossibilité pour le juge judiciaire d'en connaître. À l'inverse, l'article L. 2224-11 du CGCT prévoit que « les services publics d'eau et d'assainissement sont financièrement gérés comme des services à caractère industriel et commercial ». De cette disposition découle la compétence du juge judiciaire[1027].

Par le biais de telles lois, le Parlement ne joue pas un rôle différent de celui du Tribunal des conflits, ou des juges judiciaire et administratif. Que la qualification de « contrat administratif » ou de « service public industriel et commercial » soit opérée par le Parlement ou par le juge, cela n'a pas d'importance ici. Une fois la notion ainsi dénommée, elle est soumise au même régime que les actes entrant dans la même catégorie, sous réserve, bien sûr, des règles édictées par le Parlement. Ainsi, bien qu'étant des contrats administratifs, les marchés publics sont grandement soumis aux règles du Code des Marchés Publics. La volonté du Parlement, dans ce cas, ne porte pas directement sur la nature du droit applicable.

Le troisième cas est plus problématique. La loi affirme que, dans tels ou tels cas, il reviendra soit au juge administratif soit au juge judiciaire d'en connaître. Cependant, de cette volonté du législateur ne découle aucune conséquence claire et directe quant au régime juridique applicable. Le problème existe notamment lorsqu'est attribué, le plus souvent au juge judiciaire, un ensemble de questions qui ne relèvent pas de sa compétence classique. Par exemple, le juge pénal doit statuer sur

1025. « Les contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ».
1026. Respectivement, ces articles disposent que : « Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs » et « Les contrats de concession relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs ». Antérieurement, l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 prévoyait : « Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ».
1027. TC, 18 mai 2015, *M. et Mme Michon*, rec. t. 570.

la légalité des actes administratifs et les interpréter par voie d'exception[1028]. Surtout, la question prend une ampleur autre lorsque la connaissance de ces situations particulières se fait par voie d'action. L'exemple le plus révélateur est l'attribution croissante de litiges administratifs au profit de la Cour d'Appel de Paris[1029]. Lorsqu'elle connaît de ces litiges, elle est saisie de décisions administratives qui « constituent des actes administratifs à contentieux judiciaire »[1030]. Dans ce cas, la question du droit applicable à ces actes se pose. L'attribution des litiges au juge judiciaire doit-elle conduire à l'application du droit privé ? Ou bien est-il nécessaire que le droit administratif s'applique, eu égard à la nature des actes en cause ? La seconde option est privilégiée par les juges. Le contrôle par le juge pénal et par la Cour d'Appel de Paris d'actes administratifs entraîne l'application des règles de droit administratif, et la connaissance de recours similaire au recours pour excès de pouvoirs[1031]. Dans ce cas, la détermination du droit applicable se fait par la volonté du juge. Ce dernier n'est pas juridiquement obligé d'appliquer le droit administratif. Sur ce point, il faut bien distinguer cette situation de celle créée par la loi du 31 décembre 1957 le contraignant à appliquer le droit privé. Mais pour autant, le litige qui lui a été attribué a une coloration tellement publique qu'il ne peut le régler sans le droit administratif. En somme, la volonté du Parlement, ici, d'attribuer un litige à un juge ne permet pas pour autant de déterminer la nature du droit applicable.

β. L'application du droit administratif par la volonté de l'administration

Le plus souvent, c'est la volonté de l'administration qui entraîne l'application de tel ou tel droit. Comme le rappelle Gabriel Eckert, la nature du droit applicable « résulte pour une part importante de la volonté de la personne publique, qui est ainsi en mesure d'influer sur le degré d'exorbitance dont bénéficie son intervention »[1032]. Cette vision volontariste explique que telle

1028. Article L. 111-5 du Code Pénal.
Voir PACTEAU (B.), « Feu sur la jurisprudence Avaranches et Desmarets ! Feue la jurisprudence Avaranches et Desmarets ? », pp. 249-258, *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992.
1029. DELVOLVE (P.), « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », pp. 47-70 in *Études offertes à Jean-Marie Auby,* Dalloz, Paris, 1992. Voir les articles L. 410-1 et L. 464-7 du Code du Commerce (concernant les décisions de l'Autorité de la concurrence) ou encore les articles L. 134-21 et L. 134-24 du Code de l'Énergie (concernant le Comité de règlement des différends).
Pour des exemples dans des domaines différents, voir : RICHER (L.), « Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (aperçu de droit administratif judiciaire) », *CJEG* 1990, chron., pp. 368-379, notamment pp. 371-373 ; ECKERT (G.), « Droit administratif et droit civil », voir pp. 620-621 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit.* ; GALLET (J.-L.), « Juge judiciaire et droit administratif », *AJDA* 2013, pp. 391-395, voir pp. 393-394.
1030. DELVOLVE (P.), *ibid*., p. 57.
1031. *ibid*., pp. 58-68 ; RICHER (L.), *ibid.*, pp. 374-377 ; DRAGO (R.), « Le juge judiciaire, juge administratif », in *Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790*, *RFDA* 1990, pp. 757-763, pp. 758-761 ; DANTONEL-COR (N.), « Le juge judiciaire répressif et l'acte administratif unilatéral depuis la réforme du code pénal », *RSC* 1999, pp. 17-34 ; EVEILLARD (G.), « Droit administratif et droit pénal », pp. 652-708 notamment pp. 667-669 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit.*
1032. ECKERT (G.), *ibid.*, p. 624.

activité d'intérêt général relève du droit administratif, mais pas telle autre. Il revient à l'administration de choisir par quels procédés elle traitera l'activité d'intérêt général[1033]. Si l'administration décide d'agir par des moyens classiques, de droit privé, alors elle ne sera pas soumise au droit administratif, quand bien même son action serait d'intérêt général. Dans ce cas, le droit privé « garde son empire »[1034].

Tel est le cas pour les contrats, avec l'insertion des clauses exorbitantes, permettant d'en déterminer le caractère administratif. Leur présence résulte nécessairement de la volonté de l'administration.

Il en va de même dans l'identification des services publics. L'arrêt *APREI* est là encore révélateur[1035]. Rappelons-le, le Conseil d'État reprend les techniques traditionnelles pour qualifier une activité de service public (qualification législative et méthode de l'arrêt *Narcy*) et y ajoute une troisième. Les deux méthodes jurisprudentielles s'appuient en grande partie sur la volonté de l'administration. Ainsi, deux des indices de la jurisprudence *Narcy* y font référence : il faut que la personne privée exécutant l'activité soit sous le contrôle de la personne publique et qu'elle dispose de prérogatives de puissance publique. Ces deux éléments nécessitent que la personne publique y consente. Quant à la seconde méthode jurisprudentielle, celle présentée classiquement comme étant une innovation de l'arrêt *APREI*[1036], elle se fonde principalement sur la recherche d'indices mettant en lumière que « l'administration a entendu lui confier une telle mission ». Le même constat s'opère dans la distinction entre les SPIC et les SPA puisque le juge prend en compte le mode de fonctionnement et le financement de l'activité, deux composants dépendant de la volonté de l'administration. Sur ce point, le Tribunal des conflits relève, à propos d'un camping municipal, que « de tels services, créés dans l'intérêt général, n'ont de caractère industriel et commercial que dans les cas où les modalités particulières de leur création et de leur gestion impliquent que la commune a entendu leur donner ce caractère »[1037]. Enfin, nous avons mis en évidence que tant la jurisprudence *Entreprise Peyrot* que la récente évolution produite par l'arrêt *Mme Rispal* se fondent en partie sur les méthodes de gestion des autoroutes utilisées par l'État[1038]. En résumé, suivant le mode de gestion

1033. Les pouvoirs exorbitants de l'administration ne sont donc que des prérogatives dont elle dispose et qu'elle peut choisir d'utiliser librement : BENOIT (F.-P.), « Les fondements de la justice administrative », *op. cit.,* pp. 289-290 ; *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968, 897 pages, pp. 67-68.
Voir aussi : BOULOUIS (J.), « Supprimer le droit administratif ? », *Revue Pouvoirs* 1988, pp. 5-12, notamment pp. 10-11.
1034. RIVERO (J.), « Droit public et droit privé : Conquête, ou *statu quo* ? », *op. cit*., p. 69. L'utilisation de procédés de droit privé dans l'accomplissement d'une activité d'intérêt général est admise depuis longtemps. (JEZE (G.), « De l'emploi par l'administration des procédés du droit privé pour la satisfaction des besoins d'intérêt général » *RDP* 1914, pp. 183-187).
1035. CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. 92 ; *RDSS* 2007, pp. 499-517, concl. Verot.
1036. Pour une critique de cette idée, voir *supra* : Chapitre I, Section III, III, A, 2.
1037. TC, 14 janvier 1980, *Dame Le Crom*, rec. 633.
1038. Voir *supra* : Chapitre I, Section II, I, A, 2, a.

retenu par la personne publique, la nature du droit applicable pourra varier[1039].

Notons toutefois que la liberté de gestion dont jouit la personne publique tend à diminuer dû fait de l'influence de l'Union européenne[1040]. Ce mouvement va dans le sens d'un accroissement des recours aux gestions privées, au détriment des modes soumis au droit administratif. Si la volonté de l'administration est ainsi enserrée, c'est par la volonté des institutions de l'Union européenne. Il y a sur ce point un transfert de pouvoir décisionnel qui s'opère au profit de ces dernières. Là encore, la volonté est présente dans ce mouvement. La Constitution de 1958 prévoit expressément la participation de la France aux institutions de l'Union européenne par le biais de l'article 88-1.

Apportons une précision. La volonté de l'administration d'user de pouvoirs particuliers n'a pas à être consciente. Ce qui compte, c'est l'utilisation de ces pouvoirs. Comme le notait Charles Eisenmann, « c'est donc l'action effective de l'Administration qui décide du droit applicable, et non pas ses pensées, ses déclarations ou ses désirs »[1041]. Dès lors, sans même exprimer clairement une volonté en ce sens, l'administration peut se retrouver soumise au droit administratif. Les conditions particulières dans lesquelles elle a agi suffisent à révéler une volonté implicite.

γ. L'application du droit administratif par la volonté du juge

Le juge est déterminant dans la qualification des activités soumises à son office. Il n'est dès lors pas étonnant que sa place soit aussi centrale quant à la question du droit applicable. Deux situations différentes méritent d'être distinguées selon nous : dans la première, le juge exprime sa propre volonté quant au droit devant régir un litige ; dans la seconde, il va s'appuyer sur la volonté du Parlement et de l'administration, de façon quelque peu fictive, pour justifier ce qui est en fait son propre choix.

Dans le premier cas, c'est le juge qui déterminera le régime juridique applicable. Par exemple, tel nous semble être le cas lorsque le juge administratif affirme qu'un contrat est présumé administratif, car il est passé entre deux personnes publiques[1042]. La volonté de contracter de ces

1039. ECKERT (G.), « Droit administratif et droit civil », voir pp. 626-627 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit.*
1040. *ibid.*, pp. 611-614 et pp. 627-629.
1041. EISENMANN (C.), « Régimes de droit public et régimes de droit privé (cours année 1954-1955) », *op. cit.*, p. 350.
1042. CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte d'assainissement de la région du pic Saint-Loup*, rec. t. 648. Cet arrêt fait application de la jurisprudence du Tribunal des conflits telle qu'elle ressort de l'arrêt *Union des Assurances de Paris*, rendu le 21 mars 1983 (rec. 537). Sur ce point, les conclusions rendues par le commissaire du gouvernement Labetoulle sont éclairantes, notamment en ce qu'elles prennent le contre-pied de celles formulées par le commissaire du gouvernement sur la même affaire devant le Conseil d'État (*AJDA* 1983, p. 356).

deux autorités publiques ne peut pas fonder, à elle seule, et en l'absence de clauses particulières dans le contrat[1043], l'application d'un régime de droit administratif. En fait, ici, la volonté du juge se substitue à la volonté de l'administration. En attirant le contrat à lui, le juge administratif va appliquer, dans une large proportion, le droit administratif[1044]. Il lui revient de déterminer dans quelle mesure le contrat doit être régi par des règles particulières.

Une telle conclusion ressort aussi de l'affaire *Giry*[1045]. Justifiant l'application des « règles de droit public » à un collaborateur occasionnel du service public, la Cour de cassation précise que « la victime d'un dommage subi dans de telles conditions n'a pas à le supporter ; que la réparation de ce dommage […] incombe à la collectivité dans l'intérêt de laquelle le service intéressé a fonctionné », c'est-à-dire l'État. Les conclusions de l'Avocat Général Lemoine sont particulièrement éclairantes. Après avoir écarté la solution retenue par la Cour d'appel de Paris en ce qu'elle se fondait sur l'article 1384, §1 du Code Civil, Lemoine relève l'inapplicabilité en l'espèce du droit civil dans son entier. Conscient de la nécessité de donner une solution à la demande de la victime, il relève que « notre rôle […] tout en disant le droit, est de faire œuvre constructive chaque fois que la possibilité nous en est offerte et de rechercher ensemble la solution qui aurait dû être donnée au problème qui était posé aux juges du fond »[1046]. Pour cela, l'Avocat Général va proposer l'application des principes de droit public, et sera suivi par les juges de la Cour de cassation. La solution retenue est construite, et non déduite. C'est bien par l'expression d'une volonté que le droit public se trouve appliqué en l'espèce. Il en va de même lorsque la Cour de cassation décide d'appliquer une règle de droit administratif dans un contrat passé entre deux personnes privées et portant sur le domaine public. Se fondant sur les règles de l'inaliénabilité du domaine public et de précarité des titres d'occupation, le juge judiciaire suprême a refusé d'étendre le statut des baux commerciaux aux contrats passés entre un concessionnaire non-délégataire de service public et un sous-occupant[1047]. Bien que la qualification de droit privé d'un tel contrat, en l'absence d'une délégation de service public au profit du concessionnaire, soit critiquable[1048], elle entraîne toutefois l'application de règles de droit

1043. TC, 16 novembre 1999, *Commune de Bourisp*, rec. 478.
Encore que ce point puisse être contestable, la qualification de clause exorbitante relevant de la volonté du juge : voir LAMARQUE (J.), *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, *op. cit.*, pp. 516-517 ; François Brenet note sous TC, 13 octobre 2014, *Sté Axa France IARD c/ MAIF* ; *RA* 2015, p. 34, voir p. 38.
1044. EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, t. I, LGDJ, Paris, 2014, 787 pages, pp. 762-763 ; BASSET (A.), « De la clause exorbitante au régime exorbitant du droit commun (à propos de l'arrêt du *T. confl. 13 octobre 2014, Sté Axa France IARD, n°3963*) », *op. cit.*, p. 878.
1045. Cass., civ. 23 novembre 1956, *Trésor Public c. Giry,* Bull. Civ. II, 407, GAJA 21e éd., n°69 ; *Dalloz* 1957, p. 34 (concl. Lemoine).
1046. *Dalloz* 1957, p. 35.
1047. Cass, Civ, 3e, 19 novembre 1985, *Elut* Bull. Civ. 1985, III, n°145 ; 3e civ., 20 décembre 2000, *Quimper Plaisance*, Dalloz, 2001, p. 3520 (note Louis Rozès).
Voir : BEAUREGARD-BERTHIER (O.), « Le statut du commerçant installé sur le domaine public. Faut-il mettre fin à l'exclusion de l'exercice de la propriété commerciale sur le domaine public ? », *AJDI* 2005, pp. 633-646.
1048. JANICOT (L.), « La qualification des sous-contrats d'occupation du domaine public. L'ininvocabilité des contrats

administratif par le juge judiciaire[1049].

Le juge administratif peut, à l'instar du juge judiciaire, faire application du droit privé[1050]. Il n'est, pour autant, pas obligé de faire application des articles du Code civil. Mais il va décider, en l'absence d'autres règles existantes applicables, que ses dispositions peuvent régir la situation qui lui est soumis[1051]. Cet acte de volonté s'appuie sur une analogie entre le problème soulevé devant le juge administratif et la situation régie par l'article du Code appliqué. En ce sens, le juge administratif considère que la règle de droit privé exprime « un principe qui la surplombe dont l'application directe en droit public devient alors possible »[1052]. Cependant, il n'est plus possible de dire que le juge applique le droit privé dès lors qu'il fait référence à un article du Code civil, ou s'en inspire, mais en adapte l'application au contentieux administratif. Tout au plus, le droit privé reste-t-il la source de la règle appliquée. En ce sens Gabriel Eckert relève que, si en principe une telle règle demeure de droit privé, « il n'en va différemment que lorsque le principe général, grâce à la liberté d'interprétation qu'il confère au juge administratif, fait l'objet d'une mise en œuvre qui le singularise par rapport à la règle textuelle de droit privé »[1053]. Cette idée se retrouve fort bien dans les conclusions du Commissaire du gouvernement Mattias Guyomar dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Alusuisse-Lonza France*, rendu le 8 juillet 2005[1054]. Devant régler la question du délai de prescription permettant au préfet d'exiger de la part de l'exploitant d'une installation classée la remise en l'état du site, le Conseil d'État va utiliser « les principes dont s'inspire l'article 2262 du code civil ». Une prescription de trente ans est alors retenue en l'espèce. Tel était, à l'époque, le délai fixé par cet article[1055]. Avant cet arrêt de 2005, le juge administratif appliquait *in extenso* l'article du Code civil. La question des raisons de l'évolution de la sémantique, en faveur de la très critiquée formule « des principes dont s'inspire », se pose alors[1056]. Ce d'autant plus qu'en l'espèce, le délai

administratifs par les tiers », *RFDA* 2012, pp. 692-706.

1049. Pour d'autres exemples, voir : GALLET (J.-L), « Juge judiciaire et droit administratif », *op. cit.*, pp. 393-395 ; RICHER (L.), « Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (aperçu de droit administratif judiciaire) », *op. cit*.

1050. Voir *supra* : Chapitre II, Section I, I, C.

1051. Ainsi, dans ses conclusions dans l'affaire *Société Paul Millet* (CE, Sect., 24 mai 1974, rec. 310), le commissaire du Gouvernement Vaught relève, à propos de l'application de la prescription trentenaire du Code civil, que « pour s'écarter de la jurisprudence judiciaire dans un domaine où les données de fait des affaires soumises aux deux ordres de juridictions sont bien souvent comparables, il faudrait, à notre avis, des motifs sérieux que nous n'apercevons pas ». (rec. 317).

Comme le relève Marcel Waline, « la juridiction administrative applique alors ces règles parce qu'elle les adopte librement, sans y être contrainte par aucune règle formelle de droit écrit » (WALINE (M.), « À propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent », *RDP* 1961, pp. 8-20, voir p. 12).

1052. WACHSMANN (P.), « La jurisprudence administrative », pp. 564-598, p. 581 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.

1053. *idem*, p. 620.

1054. CE, Ass., 8 juillet 2005, *Société Alusuisse-Lonza France*, rec. 311, concl. Guyomar.

1055. Ce n'est plus le cas depuis la loi du 17 juin 2008. La prescription quinquennale se substitue à la prescription de trente ans.

1056. MODERNE (F.), « Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le code civil » (Autour et à

retenu est identique à celui de l'article 2262. Le commissaire du Gouvernement va justifier cette évolution en relevant que « le droit civil des obligations n'offre pas un cadre juridique parfaitement applicable à la législation des installations classées »[1057]. Il rappelle alors au juge administratif suprême que « n'étant liés ni par les dispositions littérales du code civil ni par l'interprétation qu'en donne le juge judiciaire, vous conservez une opportune autonomie qu'il s'agisse de définir le champ d'application du principe ou d'en préciser la portée »[1058]. Si le délai de trente ans est retenu, c'est pas référence au Code civil, mais mis à l'épreuve de ce que l'action administrative nécessite. C'est ainsi que ce délai « présente en outre le mérite de laisser à l'administration un temps suffisamment long pour pouvoir agir efficacement »[1059]. Le Conseil d'État n'hésite pas, par sa volonté, à extraire des principes du Code civil pour les appliquer de façon différenciée, à l'action administrative. Il est, à ce titre, révélateur qu'un auteur souligne « une certaine hésitation » de la part du juge dans l'extension de cette méthode « des principes dont s'inspire »[1060]. Si le juge hésite, c'est bien qu'il bénéficie d'une certaine liberté pour exprimer sa volonté. Il jouit bien d'une « opportune autonomie » comme le dit Mattias Guyomar. Le juge administratif n'est ni tenu par les textes de droit privé, ni par la jurisprudence judiciaire[1061]. Courbant volontairement le droit civil pour l'adapter à l'action administrative, le juge produit du droit administratif. La même idée se retrouve quand le juge judiciaire modifie les règles de droit privé pour les adapter à l'action administrative[1062]. Rien ne l'oblige à le faire. Cela découle aussi de sa volonté.

Dans la seconde situation, le juge joue comme révélateur des volontés du Parlement et de l'administration. Cette vision est toutefois quelque peu fictive. En effet, le juge ne se fonde pas ici sur une volonté clairement exprimée. Il met en exergue une volonté implicite. Dans ce cas, l'expression de la volonté du Parlement et de l'administration n'est pas l'élément déterminant du droit applicable, mais plutôt la légitimation d'un choix fait par le juge. Elle constitue l'un des indices pris en compte par ce dernier pour décider du droit à appliquer en l'espèce.

Il en va ainsi lorsque le Parlement attribue un litige administratif au juge judiciaire, mais

propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 8 juillet 2005, Sté Alusisse-Lonza-France) », pp. 641-661 in *Juger l'administration, administrer la justice*, *Melanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, *op. cit.* ; PLESSIX (B.), « La réforme de la prescription en matière civile et le droit administratif », *RFDA* 2008, pp. 1219-1226.

1057. rec. 320.

1058. *idem*.

1059. rec. 324.

1060. MODERNE (F.), « Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le code civil » (Autour et à propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 8 juillet 2005, Sté Alusuisse-Lonza-France) », *op. cit.*, p. 655.

1061. Cela ressort nettement aussi des conclusions de Annes Courrèges dans l'affaire *Pereira Dos Santos Maia* (CE, Sect., 31 décembre 2008, rec. 497, *RFDA* 2009, pp. 101-110, concl. Courrèges). Elle y affirme en effet que « il importe que vos jurisprudences respectives ne s'éloignent pas trop l'une de l'autre, sous réserve, bien sûr, des spécificités de l'action publique et des nécessités de service public » (p. 105). Le juge administratif s'inspire là aussi du juge judiciaire, dans un but de cohérence, mais n'est pas lié par lui.

1062. Voir *supra* : Chapitre II, Section I, I, C.

sans dire expressément que le droit administratif ou le droit privé doit s'y appliquer. Dans ce cas, il reviendra au juge judiciaire même de choisir. Rien n'empêche en effet le juge d'appliquer soit le droit privé soit le droit administratif, et dans ce dernier cas de l'adapter[1063]. Son choix se fera eu égard à ce qui est la solution la plus à même de résoudre convenablement le problème.

Un constat similaire peut être opéré quant à la présence d'une clause exorbitante au sein d'un contrat. En dernier ressort, c'est le juge qui va la qualifier. Nous avons mis en évidence que sur ce point, le contexte de l'affaire a un impact[1064]. Or, dire cela, c'est nier que la qualification repose uniquement sur la volonté de l'administration. Il revient alors au juge, au regard de l'ensemble des éléments du cas devant lui, de décider si la clause est ou non exorbitante. L'administration pourrait considérer la clause comme étant exorbitante, le juge n'est pas tenu par cette appréciation. Nous avons là encore l'expression d'une volonté du juge dès lors qu'il met en balance divers éléments pour arriver à sa conclusion.

Il en va de même lors de l'identification des services publics, et de la distinction au sein de cette catégorie. Nous l'avons dit, aucun élément n'est déterminant. Il revient alors au juge d'accorder un poids plus ou moins important à la volonté de l'administration afin de déterminer si l'activité est un service public, puis d'en définir la nature précise. Rappelons-le toutefois, une telle détermination ne suffit pas à emporter l'application entière du droit privé ou du droit administratif, en bloc[1065]. Les SPIC sont en partie seulement soumis au droit privé. Cela vaut également lorsque le législateur a expressément qualifié en ce sens l'activité. On perçoit ainsi que le juge, même dans le cas d'une qualification législative, reste en partie maître du droit applicable.

Une proportion importante du droit applicable à un litige se fonde sur une appréciation par le juge d'une volonté implicite, voire inconsciente du Parlement et de l'administration. L'arrêt *APREI* fournit un exemple de la fiction du rattachement à la volonté du Parlement. En l'espèce, le Conseil d'État considère que, « si l'insertion sociale et professionnelle des personnes handicapées constitue une mission d'intérêt général, il résulte toutefois des dispositions de la loi du 30 juin 1975, éclairées par leurs travaux préparatoires, que le législateur a entendu exclure que la mission assurée par les organismes privés gestionnaires de centres d'aide par le travail revête le caractère d'une mission de service public ». Or, cette détermination est contraire à celle préconisée par Célia Verot dans ses conclusions[1066]. La volonté du Parlement n'était pas claire. C'est le juge qui l'a révélé par le prisme

1063. DRAGO (R.), « Le juge judiciaire, juge administratif », *op. cit.*, pp. 758-759 ; RICHER (L.), « Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (aperçu de droit administratif judiciaire) », *op. cit.*, pp. 373-379 ; DANTONEL-COR (N.), « Le juge judiciaire répressif et l'acte administratif unilatéral depuis la réforme du code pénal », *RSC* 1999, pp. 17-34 ; EVEILLARD (G.), « Droit administratif et droit pénal », pp. 652-708 notamment pp. 667-669 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.
1064. Voir *supra* : Chapitre I, Section III, I, C, 2.
1065. Voir *supra* : Chapitre II, Section I, I, C.
1066. Conclusions sur CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*,

de sa propre volonté. Il en va de même dans les conclusions Lasry sur l'affaire *Entreprise Peyrot*[1067]. Celui-ci s'appuie en effet sur les termes de la loi du 18 avril 1955. Il défend son point de vue en arguant que, traditionnellement, le Conseil d'État applique le droit public lorsqu'est en cause un service public. Selon le commissaire du Gouvernement, s'appuyant sur la jurisprudence *Effimief*, ce qui conduit à la qualification d'un établissement public « c'est la mission de service public conférée par le législateur »[1068]. Il en conclut que « dans le cas qui nous occupe, le législateur nous paraît avoir exprimé une volonté comparable »[1069]. Josse ne dit pas autre chose dans sa note, en relevant que les sociétés concessionnaires en cause « sont des mandataires – désintéressées d'après leur statut découlant de la loi portant statut des autoroutes »[1070]. Cela fait dire au conseiller d'État que « voir dans ces sociétés des sociétés privées est une vue de l'esprit »[1071]. D'ailleurs, cet argument semble avoir porté. Le Tribunal des Conflits relève dans cet arrêt que sont soumis au droit public « les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour la construction d'autoroutes dans les conditions prévues par la loi du 18 avril 1955 »[1072]. Sans être clairement exprimée, la volonté du législateur est là encore utilisée pour justifier la décision retenue *in fine* par le juge.

Il ressort de ce développement que la maîtrise des qualifications juridiques appartient largement au juge. D'une part, il se fait l'interprète de la volonté du Parlement, lorsqu'elle n'est pas claire. D'autre part, lorsque l'administration qualifie une situation, le juge n'est pas lié par celle-ci[1073]. Les qualifications opérées par l'administration ne l'emportent jamais sur la volonté du juge. Cela ne signifie pas pour autant que le juge ne prend pas en compte la volonté de l'administration. On l'a vu, les juges s'appuient sur une mise en balance des éléments présents pour opérer une qualification. Ceux-ci dépendent en partie de l'administration, de son degré d'intervention dans une activité ou des clauses qu'elle aura pu insérer dans un contrat. Cette opération de mise en balance laisse toutefois une certaine marge de manœuvre aux juges : dans le choix des éléments à prendre en compte, dans la détermination de leur importance respective et dans l'opération même de mise en balance. Mais, lorsque les éléments vont clairement dans un sens déterminé, cette marge se réduit. C'est là que la volonté de l'administration s'exprime le mieux. Elle pèsera alors fortement dans la balance et s'imposera plus facilement au juge. À l'inverse, moins cette volonté est forte, plus le juge sera libre de la qualification à retenir, ce d'autant plus qu'il revient au juge de peser les éléments de

rec. 92, *RDSS* 2007, pp. 499-517, concl. Vérot.
1067. *Dalloz*, 1963, pp. 534-537.
1068. *Dalloz* 1963, p. 537.
1069. *idem*.
1070. Note au recueil *Dalloz* 1963, pp. 538-539, p. 539.
1071. *idem*.
1072. *Dalloz* 1963, p. 538.
1073. TC, 24 juin 1968, *Société d'approvisionnement alimentaire* et *Société « Distilleries Bretonnes »*, rec. 801.

la balance. Cela apparaît clairement lorsqu'une clause contractuelle normalement qualifiée d'exorbitante se voit dénier cette qualité, dans un contexte de droit privé fort. Ainsi, le juge ne fait pas que révéler la volonté de l'administration. Il l'évalue et la sous-pèse avec d'autres éléments. Il en va bien sûr différemment de la qualification législative. Lorsqu'elle est claire, elle lie le juge. Mais, à défaut, et l'arrêt *APREI* en est un exemple, il revient au juge de la « révéler ». Ainsi, « la solution dégagée dans l'arrêt *APREI* s'explique pour des raisons politiques », principalement le refus du Conseil d'État de soumettre l'association au régime des services publics[1074]. L'incertitude donne de la place au juge pour, là aussi, faire jouer sa volonté.

Ainsi, le droit administratif se définit comme l'ensemble des règles spécifiques aux activités d'intérêt général relevant de l'administration et dont l'application dépend de l'expression d'une volonté. Il faut, en somme, voir le droit administratif comme un ensemble de règles spécifiques, dont les sources sont multiples (Loi, Administration, juge), et dont l'usage dépend d'une volonté.

Droit de la conciliation, le droit administratif est essentiellement prétorien. De ces deux caractéristiques il ressort, d'une part, une place fondamentale pour le droit administratif, et le juge administratif au sein de l'État, et, d'autre part, un caractère évolutif et souple indéniable.

Ce dernier caractère découle de la prégnance de l'intérêt général au sein de cet ensemble. Fondement du droit administratif, il légitime l'action administrative, tout autant qu'il la limite. Il justifie l'octroi de dérogations « en plus » ou « en moins » pour l'administration. Ainsi, ce caractère fondamental n'en permet pas une détermination claire du contenu. Dès lors, l'intérêt général évolue au gré des situations et des époques. Il permet d'adapter le droit à ce que chaque cas requiert. Comme notion fonctionnelle[1075], il accroît la souplesse du droit administratif. Bien que justifiant la position supérieure de l'administration, il ne peut lui permettre de tout faire. À ce titre, il doit être concilié avec les intérêts privés auxquels il se heurte. Il revient alors au juge de veiller à ce qu'un équilibre soit trouvé entre ces différentes données.

En Angleterre, malgré des débuts difficiles, l'idée d'un droit administratif a su s'imposer. Lui aussi création des juges, il vise, comme en France, à protéger les droits des individus tout en prenant en compte les exigences de l'action administrative.

1074. BOUSSARD (S.), « L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du « service public par nature » », *RFDA* 2008, pp. 43-49, p. 49.
Voir aussi : DAVID (J.), « L'arrêt APREI, huit ans après », *DA* 2008, pp. 12-19, notamment pp. 17-19.
1075. TRUCHET (D.), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, Paris, 1977, 385 pages ; MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, pp. 10-21.

Section II. Le droit administratif moderne en Angleterre, réponse des juges au développement de l'Administration

L'histoire du droit administratif en Angleterre est bien plus chaotique qu'en France. Grandement influencé par l'idéologie de Dicey, le droit administratif anglais s'est développé dans un univers *a priori* hostile. Mais force est de constater que l'Angleterre possède bien un droit administratif. La multiplication des études de droit comparé sur le sujet met en évidence à la fois la prise de conscience de l'existence d'un droit administratif anglais, ainsi que de son niveau de développement[1076]. Auparavant, la comparaison se faisait de façon unilatérale. Le droit administratif français, plus développé, était une source d'étude et de comparaison importante en Angleterre[1077]. Loin des premières comparaisons visant à mettre en évidence l'opposition entre les deux systèmes, ces nouvelles études révèlent des similitudes importantes. C'est dans ce chemin que nous nous inscrivons.

Pour bien comprendre ce qu'est aujourd'hui le droit administratif anglais, et la place qu'occupe en son sein la *judicial review*, une étape historique est nécessaire. Nous devons auparavant opérer une précision. Nous resterons ici dans la vision « classique » de l'histoire du droit administratif, à défaut de pouvoir renouveler son étude. En effet, il nous semble que la conception anglaise du droit administratif ait porté les auteurs à ne voir le développement de ce dernier qu'à partir du XXe siècle[1078]. Pour autant, un auteur aussi important que Maitland, dans son œuvre *The constitutional history of England*, a mis en évidence que la vision « classique » était erronée. En 1908, à l'adresse des étudiants, il donnait cette précision: « si vous prenez un volume récent des rapports de la division du Banc de la Reine, vous trouverez que la moitié des affaires consignées concernent des règles de droit administratif »[1079]. Maitland cherchait à exhorter les étudiants à ne

1076. Voir l'introduction.

1077. DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, 8e éd., *op. cit*., pp. 213-265 ; ALLEN (C. K.), « Some aspects of Administrative law », *JSPTL* 1929, pp. 10-22 ; GARNER (J. W.), « La Conception anglo-américaine du droit administratif », pp. 337-384 in *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, Paris, 1929 ; BORCHARD (E.), « French Administrative Law », *Iowa Law Review* 1933, pp. 133-143 ; SCHWARTZ (B.), *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, New York, 1954, 367 pages ; HAMSON (C.J.), *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration – Considérations sur le Conseil d'État statuant au contentieux*, traduit par André Cocâtre-Zilgien, LGDJ, Paris, 1958, 237 pages.

1078. Pour un bref exposé, voir : MANNORI (L.), « Une histoire de la doctrine en droit administratif », pp. 13-24, notamment pp. 20-21 in *La doctrine en droit administratif*, Colloque organisé par l'AFDA, actes chez Lexis Nexis, Paris, 2010.

1079. MAITLAND (F. W.), *The constitutional history of England,* University Press of Cambridge, 1908, 548 pages, p. 505. Le terme « rules of administrative law » apparaît dans cette citation. On retrouve une position similaire dans l'article de Erwin Riezler, paru en 1938, dans lequel l'auteur relève que « le droit anglais connaît aussi des litiges de droit administratif » et de préciser ensuite que « les fonctions de tribunal administratif suprême sont assumées par la *Crown Side* de la *King's Bench Division* » (RIEZLER (E.), « Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public », pp. 117-136, p. 122 in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard*

pas rester confinés aux présentations classiques et aux catégorisations toujours imparfaites. Dans le même esprit, Stanley Alexander de Smith, grand administrativiste anglais de la seconde moitié du XXe siècle, relevait que, dès 1846, un comité sur l'éducation juridique avait proposé l'enseignement du droit administratif dans les Universités anglaises[1080].

Pour autant, le premier manuel de droit administratif ne paraîtra qu'en 1929, sous la plume de Frederick Port[1081]. L'auteur relève d'ailleurs que si le droit administratif existe depuis longtemps, les études dans le domaine sont déficientes. Port avance alors deux raisons. D'une part, la difficulté à réunir et à étudier les sources du droit administratif, alors principalement composées de lois qui ne concernaient pas que le droit administratif. D'autre part, la mauvaise image dont souffre le droit administratif en Angleterre, provenant à la fois de l'image renvoyée par la France (notamment des études de Dicey sur le droit administratif français) et du conservatisme anglais[1082]. L'impact de Dicey, ou plutôt de son « fantôme », est indéniable[1083]. Une fois son emprise avérée, refaire l'histoire du droit administratif anglais semble difficile. Dès lors, selon Martin Loughlin, « les difficultés que nous rencontrons proviennent du fait que l'histoire du droit administratif anglais ne peut être écrite sans que nous soyons débarrassés des critiques idéologiques qui ont lieu depuis les premiers instants »[1084]. Il ne faudrait pas non plus que tout le poids de cette lacune dans la recherche historique en revienne à Dicey. En conclusion de son article, Martin Loughlin explique ainsi que « nous savons maintenant pourquoi l'histoire du droit administratif n'est pas écrite. Le fait est qu'aujourd'hui encore les auteurs n'arrivent pas à se mettre d'accord sur les limites du sujet, les méthodes pour l'examiner, et les valeurs qui le composent »[1085].

Dès lors, les développements qui vont suivre se fondent sur l'idée communément admise en Angleterre que le droit administratif ne s'est développé qu'à partir du XXe siècle, alors même que ce

---

Lambert, t. III., Sirey, Paris, 1938 (c'est l'auteur qui souligne)).

1080. DE SMITH (S.A.), *Constitutional and Administrative Law*, 1e éd., Longman, Londres, 1971, 712 pages. Cette affirmation sera confirmée quelques années plus tard : Lord Diplock, « Administrative Law : Judicial Review Reviewed », *CLJ* 1974, pp. 233-245, voir pp. 234-235.

1081. PORT (F.), *Administrative Law*, Longmans Green and Co., Londres, 1929, 374 pages. Notons toutefois qu'un an auparavant Robson avait fait paraître son *Justice and Administrative*, véritable œuvre dédiée au développement du droit administratif et d'une justice administrative en Angleterre (ROBSON (W.), J*ustice and Administrative Law. A strudy of the British Constitution*, MacMillan and Co., Londres, 1928, 346 pages).

1082. *ibid.*, pp. 2-3.

1083. JENNINGS (I), « Courts and Administrative law – The experience of English housing legislation », *Harvard Law Review* 1935-1936, pp. 426-454, pp. 426-428 (préface de Frankfurter) ; LAWSON (F.H), « Dicey Revisited. I », *Political Studies* 1959, pp. 109-126, p. 109 ; HOOD PHILLIPS (O.), *Constitutional and Administrative Law*, 3e éd., Sweet and Maxwell, Londres, 1962, 855 pages, p. 35 ; THOMPSON (K.) et JONES (B.), « Administrative law in the United Kingdom », pp. 217-244, notamment p. 217 in *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States, A Comparative Analysis*, sous la dir. de R. Seerden, 3e éd., Intersentia, Portland, 2012.

1084. LOUGHLIN (M.), « Why the History of English Administrative Law is not Written », pp. 151-177, p. 153 in *A Simple Common Lawyer. Essays in Honour of Michael Taggart*, sous la dir. de D. Dyzenhaus, M. Hunt et G. Huscroft, Hart Publishing, Oxford, 2009, 334 pages.

Voir aussi, HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), « Administrative law in context : restoring a lost connection », *PL* 2014, pp. 28-42, pp. 31-32.

1085. *ibid.*, p. 176.

point de vue paraît contestable. Comme le relève, René David, s'il existe bien des règles particulières concernant les autorités publiques, elles ne « sont pas en lien, et ne viennent pas d'une distinction faite entre droit public et droit privé »[1086]. En effet, « ces règles spéciales ne sont pas liées entre elles par un principe, exemptant l'État de l'application des règles faites seulement pour les « relations privées » […] Le principe reste que l'administration est soumise au droit ordinaire du pays et aucune distinction n'est faite, au sein de la common law, entre droit public et droit privé ; il n'y a pas de *droit administratif* en Anglais »[1087]. Ces règles seront systématisées, à part entière, au XXe siècle. À ce moment, les effets de la doctrine de Dicey (I.) se sont faits de moins en moins sentir sous la pression croissante de la nécessité pour les juges de répondre à un phénomène nouveau en Angleterre : le développement des pouvoirs de l'administration (II.).

I. Le rejet du droit administratif du fait des idées de Dicey

Comme nous l'avons souligné, la pensée juridique anglaise concernant le droit administratif a été longtemps, et est toujours, influencée par les idées de Dicey. Afin de comprendre ses travaux, il est nécessaire de décrire quelque peu l'homme. Professeur brillant, Albert Venn Dicey est l'un des premiers publicistes anglais et son œuvre est importante[1088]. Mais il est aussi un homme politiquement engagé. Les textes, bien que se voulant être seulement des descriptions du droit positif, sont empreints de l'idéologie Whig de son auteur[1089]. Les Whig sont des libéraux, tant au sens politique qu'économique. Dicey ne pourra écarter sa vision de la société et de l'État dans son étude du système anglais[1090]. Il n'est pour autant pas ici question de dire que tous les pans de son œuvre sont erronés car trop empreints d'un certain idéal libéral. Le détenteur de la prestigieuse *Vinerian Chair* de l'Université d'Oxford, de 1882 à 1909, est indéniablement reconnu comme l'un des grands penseurs de son époque[1091].

1086. DAVID (R.), *English Law and French Law, A Comparison in Substance*, Stevens & Sons, Londres, 1980, 223 pages, p. 82.
1087. *idem* (L'expression est en français et est soulignée dans le texte).
1088. Pour ce qui nous concerne, son œuvre majeure est *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. La première édition date de 1885, suivie de sept autres éditions, jusqu'à la dernière en 1915.
Sur les évolutions de cette œuvre, voir : LAWSON (F.H), « Dicey Revisited. I » et « Dicey Revisited II », *Political Studies*, 1959, pp. 109-126, et pp. 207-221. Plus largement, sur les idées de Dicey, voir : Lord Bingham, « Dicey Revisited », *PL* 2001, pp. 39-51.
Il est aussi possible de citer comme autre œuvre majeure de Dicey, les *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du dix-neuvième siècle* (Giard & Brière, Paris, 1906, 521 pages).
1089. FLOGAITIS (S.), *Administrative Law et Droit Administratif*, *op. cit.*, p. 35 et p. 52.
1090. JENNINGS (I.), « In Praise of Dicey. 1885-1935 », *Public Administration*, 1935, pp. 123-134 ; ARTHURS (H.W.), « Rethinking Administrative Law : A Slightly Dicey Business », *Osgoode Hall Law Journal*, 1979, pp. 1-45, pp. 1-22.
1091. *idem*, pp. 130-134.

Néanmoins, le farouche anti-socialisme et anti-collectivisme de Dicey l'a amené à des erreurs d'appréciation qui marqueront son travail, notamment sur le droit administratif. Ne souhaitant pas se départir de son postulat de supériorité du droit anglais, il a été amené à voir le droit administratif français seulement comme un droit de privilèges au profit de l'administration. Ses idées vont s'ancrer dans la pensée juridique anglaise, au point qu'aujourd'hui encore des auteurs doutent de la pertinence d'un droit administratif en Angleterre (A.)[1092]. Critiquables, ses idées sont aujourd'hui largement remises en cause par une partie importante de la doctrine anglaise (B.). Il faut, avant de débuter ces développements, préciser une chose. L'opposition entre droit français et droit anglais, sur la question des pouvoirs de l'exécutif et de leur traitement par les juges, ne date de la fin du XIXe siècle. Dans l'affaire *The « Snipe » and Others*, se trouvaient en cause devant la Haute Cour de l'Amirauté les décrets impériaux français de Berlin, du 21 novembre 1806 et de Milan, du 17 décembre 1806[1093]. Ces actes imposaient un blocus continental sur les navires et marchandises en provenance d'Angleterre. Le décret de Berlin qualifiait lui-même ses dispositions de « principe fondamental de l'Empire »[1094]. Pour Sir William Scott, juge dans cette affaire, cette expression « au sens des auteurs de droit public, Grotius, Puffendorf et autres », signifie que ces actes sont « au dessus du pouvoir de légiférer », notamment du fait de leur caractère hautement politique[1095]. Or, une telle idée « ne peut être admise ici », en Angleterre[1096]. Bien que le contexte soit évidemment très particulier au moment de cette affaire, la césure entre les idées maîtresses du droit anglais et du droit français est apparente. Le droit public, et le statut qu'il octroie aux décrets en cause, n'existent pas en Angleterre. Tout découle de la loi, et tout acte de l'exécutif doit pouvoir ainsi être soumis au contrôle du juge[1097].

A. La vision de Dicey : le droit administratif, un droit de privilèges

Le but premier de Dicey n'est pas de critiquer le droit administratif français. Dicey souhaite avant tout expliquer le système anglais. Ce n'est que pour en montrer les vertus et la supériorité que le professeur en vient à traiter du droit administratif français. L'idée est simple : l'Angleterre a un

1092. Voir pour une étude doctrinale l'opposition à la distinction entre droit public et droit privé : BAMFORTH (N.), « The Public Law – Private Law Distinction : A Comparative and Philosohical Approach », pp. 136-159 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, Blackstone Press Limited, 1997.

1093. *The « Snipe » and Others* (1812) Edwards 381.

1094. Point 8 du décret.

1095. *The « Snipe » and Others* (1812) Edwards 381, p. 385.

1096. *idem*.

1097. Voir sur ce point en particulier, mais aussi plus généralement, sur la question du statut du droit public en Angleterre : WALTERS (M), « Is Public Ordinary ? », *MLR* 2012, pp. 814-913.

système fondé sur la *rule of law*, prônant l'égalité, à l'inverse du système français fondé sur le droit administratif, préservant les privilèges et donc la supériorité de l'administration (1.). Ces idées ne resteront pas sans impact en droit anglais. C'est cela surtout qui retient l'attention. Des générations entières de juristes vont s'appuyer sur les propos et les idées de Dicey pour forger leurs théories. Pour illustrer cela, nous prendrons l'exemple de deux auteurs aux intentions très différentes, écrivant à deux époques différentes, mais dont la filiation avec Dicey ne fait pas de doute (2.).

1. Les idées de Dicey

Dicey considère, et c'est sa principale critique, que le système de droit administratif français confère aux autorités publiques des privilèges incompatibles avec la *rule of law* anglaise[1098]. En cela, le système français serait en contradiction avec le principe d'égalité (b.). Cela ne peut être expliqué qu'après une étude des principes sous-tendant, pour l'auteur, la *rule of law* (a.).

a. Les principes de *rule of law* de Dicey

Dans son œuvre, *Law of the Constitution*, Dicey expose trois principes composant la *rule of law* : le gouvernement n'a pas de pouvoirs arbitraires ; tous les individus sont soumis au droit ordinaire appliqué par les cours ordinaires ; les grandes règles constitutionnelles anglaises ressortent des décisions des juges[1099]. La réunion de ces trois principes permet, selon Dicey, « la suprématie ou le règne du droit »[1100]. Le dernier principe est à écarter ici pour notre étude en ce qu'il ne concerne pas la vision que Dicey a développée du droit administratif. Nous nous concentrerons donc sur les deux premiers.

Le premier principe est celui de l'absence de pouvoirs arbitraires du gouvernement. Dicey définit cela plus précisément en affirmant qu' « aucun homme ne peut être puni ou être affecté dans son corps ou ses biens sauf pour une violation du droit établi devant les cours ordinaires du pays, par la voie légale ordinaire »[1101]. Deux éléments ressortent en particulier : une idée de légalité et une

1098. Nous faisons le choix ici de ne pas traduire *rule of law*, ni dans les développements, ni dans les citations des auteurs.
1099. DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution,* 8e éd., *op. cit.,* pp. 107-122.
1100. *ibid.,* p. 110.
1101. *idem*.
Pour une critique, voir : JENNINGS (I.), *The Law and The Constitution*, 5e éd., University of London press, Londres,

idée visant à n'autoriser les sanctions que par la voie judiciaire ordinaire. Dicey précise ensuite qu'en vertu du premier principe, « la rule of law s'oppose aux systèmes dans lesquels le gouvernement se fonde sur l'exercice par des individus d'une autorité large, arbitraire ou discrétionnaire »[1102]. L'assimilation entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire est claire, car « là où il y a pouvoir discrétionnaire il y a un espace pour l'arbitraire »[1103].

Concernant le second principe, il est illustré par le fait qu'en Angleterre « tout homme, quel que soit son rang ou condition, est soumis au droit ordinaire du royaume et peut être jugé par les tribunaux ordinaires »[1104]. Dès lors, la *rule of law* s'exprime par le règne de l'égalité. Deux idées là aussi : tous les hommes sont égaux, « du Premier ministre jusqu'à l'agent de police ou au percepteur »[1105], et tous les hommes sont soumis aux mêmes règles de droit et aux mêmes juges.

b. Le droit administratif remet en cause les principes de la *rule of law*

En commençant ses développements sur le droit administratif, Dicey affirme dès la première ligne que « dans beaucoup de pays du continent, et surtout en France, il existe une structure de droit administratif […] qui se fonde sur des idées étrangères aux présupposés fondamentaux de notre common law anglaise, et notamment à ce que nous appelons la rule of law »[1106]. L'opposition est clairement affirmée avant d'être établie. Il est intéressant de noter que, hormis dans cette citation, Dicey ne parle pas du « droit administratif » en le traduisant par « administrative law », sauf dans ce cas à mettre les termes entre guillemets. L'auteur privilégie l'expression française mise en italique. L'idée, comme l'expression, n'est pas anglaise pour le professeur[1107].

Le reproche principal fait par Dicey au droit administratif français est le suivant : « l'opposition est surtout apparente dans la protection que les pays étrangers octroient aux agents de l'État »[1108]. L'article 75 de la Constitution française de l'an VIII, établissant la « garantie des

1959, 354 pages, pp. 306-311.
1102. *idem*.
1103. *idem*.
1104. *ibid*, p. 114.
1105. *idem*.
1106. *ibid*., p. 213.
1107. D'ailleurs, Dicey affirme que « pour l'expression *droit administratif*, la phraséologie juridique anglaise n'apporte aucun équivalant. Les mots 'administrative law', qui s'en rapprochent le plus, sont inconnus des juges et avocats anglais, et sont difficiles à comprendre sans plus d'explication » (C'est l'auteur qui souligne et met entre guillemets. *Idem*, p. 214. Voir pp. 214-216). On retrouve la même idée chez René David, le célèbre comparatiste affirmant que « le principe reste que l'administration est soumise au droit ordinaire du pays et aucune distinction n'est faite, au sein de la common law, entre droit public et droit privé ; il n'y a pas de *droit administratif* en Anglais » (DAVID (R.), *English Law and French Law, A Comparison in Substance*, *op. cit.*, p. 82. C'est l'auteur qui souligne).
1108. *ibid.* p. 213, voir aussi p. 266.

fonctionnaires » et qui n'autorisait une action civile contre un fonctionnaire qu'après l'accord du Conseil d'État, attire les foudres de l'auteur[1109]. Selon lui, le droit administratif conduit à traiter différemment les rapports entre les individus et les rapports entre individus et État. Deux éléments distincts, mais connexes, l'illustrent. D'un côté, « la relation des individus avec l'État est régie par des principes essentiellement différents des règles de droit privé qui régissent les droits des individus avec leurs voisins ». D'un autre côté, « l'application de ces principes ne relève pas de la compétence des cours ordinaires »[1110]. C'est donc à la fois le droit administratif, en ce qu'il confère des pouvoirs particuliers à l'administration, et la dualité de juridiction, que critique Dicey[1111]. D'ailleurs, prenant acte du développement des pouvoirs de l'État en Angleterre, et donc d'une différenciation entre pouvoirs de l'État et individus, il n'en conclut pas à l'introduction du droit administratif. En effet, dès lors qu'un agent public qui commet une erreur est responsable en vertu des principes de *common law*, devant les cours de *common law*, un système de droit administratif ne peut prospérer[1112].

Une fois cela précisé, la contradiction entre droit administratif et *rule of law* apparaît clairement. Pour Dicey, le premier remet en cause le principe d'égalité qui structure le second. Le système de droit administratif, conduisant les agents de l'État à être soumis à un droit et à une juridiction différente du système de « droit commun », exprime une rupture dans le traitement des affaires. Mais, au-delà, il révèle une inégalité entre l'État et les individus. Cette inégalité est évidemment perçue par Dicey comme étant défavorable à ses derniers. De plus, ce système s'oppose aussi au premier principe de la *rule of law*, condamnant les pouvoirs arbitraires/discrétionnaires au profit du gouvernement. Ainsi, Dicey constate que « dans la plupart des pays continentaux l'exécutif exerce un grand pouvoir discrétionnaire dans les arrestations, les emprisonnements temporaires, les expulsions du territoire et autres »[1113]. Tel est le cas en France. Comme nous l'avons vu, le droit administratif repose en partie sur l'idée qu'il est nécessaire d'accorder des pouvoirs particuliers à l'administration. Les critiques se rejoignent. En filigrane, c'est toujours la supposée supériorité de l'État sur les individus que Dicey critique.

1109. *ibid.,* p. 232-234, p. 266.
1110. *ibid.,* p. 255.
1111. GARNER (J.W.), « La Conception anglo-américaine du droit administratif », pp. 337-385, notamment pp. 342-344 in *Mélanges en l'honneur de Maurice Hauriou*, Sirey, Paris, 1929 ; ROBSON (W.), « Administrative Law », pp. 193-214, pp. 194-195 in *Law and Opinion in England in the 20th Century,* sous la dir de M. Ginsberg, Stevens & Sons Limited, Londres, 1959.
1112. *ibid.*, p. 256.
Dans le même sens voir : DICEY (A.V.), « The development of Administrative Law in England » *LQR* 1915, pp. 148-153.
1113. *ibid.*, p. 110.

Cette idée se retrouve aussi dans certaines décisions. Dans l'affaire *Re Grosvenor Hotel, London (No. 2)*, Salmon L.J affirme ainsi : « je ne pense pas que la cour doive […] se croire obligée d'accepter les propos péremptoires d'un Ministre au motif qu'il est membre de l'exécutif. Il n'y a pas de *droit administratif* en Angleterre »[1114]. On retrouve tous les ingrédients de la phrase diceyenne pas excellence. D'une part, les termes « droit administratif », en français dans le texte, soulignent le caractère étranger de la notion. D'autre part, l'expression renvoie à une pratique dangereuse consistant à donner une importance particulière au ministre, en particulier à sa parole, du fait de sa seule fonction.

Comme droit de supériorité de l'administration sur les individus, le droit administratif est en complète contradiction avec l'idée d'égalité prônée par la vision de la *rule of law* de Dicey. Derrière cela, les idées libérales de l'auteur ne font pas de doute[1115]. Reconnaître l'inégalité entre État et individus, c'est légitimer l'interventionnisme étatique en accordant une place particulière, et donc des pouvoirs particuliers, au premier. D'ailleurs, la corrélation entre droit administratif et interventionnisme étatique n'est pas relevée que par les libéraux. Les tenants des mouvements socialistes anglais se joignent à cette assimilation. En particulier, le mouvement Fabien, né en 1884, fonde son idéologie sur un accroissement des actions de l'État dans un but de maximisation du bonheur des individus[1116]. Dans ce cadre, il est nécessaire d'accorder un rôle et des pouvoirs particuliers à l'État. Cela conduit à considérer pour les tenants de ce mouvement que « l'avenir du socialisme se trouvait donc dans l'avenir du droit administratif »[1117]. Sidney Webb, membre du mouvement Fabien, aurait d'ailleurs affirmé que « ne pouvant introduire l'enseignement du socialisme à la nouvelle School of Economics de Londres, j'y ai introduit l'étude du droit administratif car le droit administratif, c'est le collectivisme en germe »[1118].

En critiquant le droit administratif, Dicey s'attaque à l'outil juridique de l'interventionnisme étatique. Cet arrière-fond libéral se retrouve clairement chez Lord Hewart. En revanche, chez John Allison, la critique est beaucoup moins politique.

1114. *Re Grosvenor Hotel, London (No. 2)* [1965] Ch. 1210, p. 1261 (Les termes soulignés le sont pas le juge, et sont en français dans le texte).
1115. DISTEL (M.), « Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration en Grande Bretagne », *RIDC* 1982, pp. 41-100, notamment p. 58-59 ; LOUGHLIN (M.), « Why the History of English Administrative Law is not Written », pp. 155-156 in *A Simple Common Lawyer. Essays in Honour of Michael Taggart*, sous la dir. de D. Dyzenhaus, M. Hunt et G. Huscroft, *op. cit*.
1116. HALEVY (E.), *Histoire du socialisme européen*, Gallimard, Paris, 408 pages, pp. 250-256 ; TOUCHARD (J.), *Histoire des idées politiques,* t. II*, Du XVIIIe siècle à nos jours*, 2e éd., PUF, Paris, 2005, pp. 754-757.
1117. TOUCHARD (J.), *ibid.*, p. 755.
1118. Propos cités part Elie Halévy, *op. cit.*, p. 255. D'ailleurs, la London School of Economics a été créée, en 1895, par les membres du mouvement Fabien : HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), « Administrative law in context : restoring a lost connection », *PL* 2014, pp. 28-42, pp. 32-34.

2. Les héritiers de Dicey : Lord Hewart et John Allison

Deux auteurs différents, à deux époques différentes, mais avec en tête une idée commune : critiquer le droit administratif. Le premier, Lord Hewart, écrit à la suite de Dicey. Ses propos, très virulents contre l'idée d'un droit administratif, auront un impact important par la suite sur le système anglais (a.). Le second, John Allison, est quant à lui plus mesuré. Écrivant plusieurs décennies après Dicey, ses propos sont moins tournés contre l'idée même d'un droit administratif que contre son inadaptation dans un système comme le système anglais (b.).

a. L'héritier virulent : Lord Hewart

Virulent, Lord Hewart l'est dans ses propos. Son apport à la critique du droit administratif n'est pas à trouver dans son rôle de juge, mais dans celui de pamphlétaire. Dans son livre, au titre évocateur, *The New Despotism*, le Lord va avoir pour ambition d'attirer l'attention de l'opinion publique sur le mal qui guette l'Angleterre : l'interventionnisme étatique[1119]. Pour Hewart, il s'exprime par le développement croissant des pouvoirs de l'exécutif, dont le but est à la fois de voir ses pouvoirs grandir, tout en échappant au contrôle du Parlement et des cours[1120]. Dès lors, selon lui, « parler de 'droit' administratif et de justice 'administrative' dans un tel système, ou absence de système, est vraiment grotesque »[1121]. Le développement incontrôlé des pouvoirs des ministres conduit à un véritable « despotisme ».

L'auteur se situe parfaitement dans la lignée des idées de Dicey, dont il reprend la définition de la *rule of law*[1122]. Il n'est dès lors par surprenant que son étude du droit administratif commence par l'idée qu'« entre la « rule of law » et ce qui est appelé « administrative law » (heureusement il n'y a pas de nom anglais pour cela), il y a la plus grande différence possible. L'un est le contraire de l'autre »[1123]. Nous retrouvons dans cette simple phrase toutes les idées de Dicey : l'opposition substantielle entre système de *rule of law* et système de droit administratif ; la non-existence du second en Angleterre ; et enfin, l'idée que le premier système est meilleur que le second[1124]. Dès lors, pour Lord Hewart, l'expression « droit administratif » constitue du « jargon continental »[1125].

1119. HEWART (G.), *The New Despotism*, Ernest Benn Limited, Londres, 1929, 308 pages.
1120. *ibid.*, pp. 43-101 et pp. 143-164.
1121. *ibid.*, p. 44.
1122. *ibid.*, pp. 23-36.
1123. *ibid.*, p. 37. Nous avons conservé les termes « administrative law » en langue originale pour ne pas tromper le lecteur sur les termes mêmes de l'auteur.
1124. Cette dernière idée est mise en évidence par l'emploi du terme « happily » traduit ici par « heureusement ».
1125. Propos cités par Alexander Stanley de Smith dans DE SMITH (S.A.), *Constitutional and Administrative Law*, 1e

Pour Lord Hewart, comme pour Dicey, le système de droit administratif, système avant tout continental, fait prévaloir « les droits et obligations des agents de l'État », et conduit à traiter les relations entre eux et les individus par « des règles spéciales qui sont, en général, appliquées par des tribunaux spéciaux ». Ces règles expriment des principes « essentiellement différents de ceux formant les fondements du droit qui régit les relations entre les individus entre eux »[1126]. Cette différence de traitement est justifiée, pour le cas français, par « la présomption que le Gouvernement, et chacun de ses agents, détiennent des droits et des privilèges spéciaux contre les individus, et que la nature et l'étendue de ses droits et privilèges doivent être déterminées par des principes différents de ceux du droit ordinaire »[1127]. Partant de ce postulat, « il s'en suit naturellement qu'il est nécessaire de prendre des mesures afin d'éviter que le Gouvernement et les cours ordinaires n'empiètent sur le territoire de l'autre »[1128]. Or, la prémisse n'est pas admise en Angleterre. L'égalité entre les individus et l'État règne. La conséquence, c'est-à-dire l'élaboration de règles spéciales, ne peut, ni ne doit, suivre.

L'ouvrage de Lord Hewart a eu une résonance particulière en Angleterre. La critique virulente portée au développement des pouvoirs discrétionnaires de l'exécutif a conduit à la création du comité Donoughmore chargé d'étudier et de trouver des solutions aux problèmes soulevés par Hewart[1129]. Cependant, pour certaines, ce comité est né « avec la main morte et figée de Dicey posée sur sa nuque »[1130]. Son champ d'études limité et l'arrière-fond idéologique dont il était empreint ont sclérosé le comité. Les propositions de celui-ci, auxquelles la loi donnera force, ont permis un meilleur contrôle parlementaire sur les nouveaux pouvoirs de l'exécutif[1131]. Cependant, le comité a refusé la question de l'introduction d'un système de justice administrative[1132].

éd., Longman, Londres, 1971, 712 pages, p. 509.

1126. *ibid.*, pp. 37-38.

1127. *ibid.*, p. 40.

1128. *idem*.

1129. *Report of the Donoughmore Committee on Minister's Powers*, Cmnd 4050 (1932).
CARR (C), *Concernant English Administrative Law*, Columbia University Press, New York, 1941, 189 pages, pp. 20-25 ; DISTEL (M.), « La réforme du contrôle de l'administration en Grande Bretagne », *op. cit.*

1130. Propos tenus par Robson dans « The report of the Committee on Minister's Powers », *Political Quaterly* 1932, p. 346, cités par Carol Harlow (HARLOW (C.), « La distinction public/privé dans le système juridique anglais » , *Politiques et management public* 1987, pp. 199-215, p. 205).
Voir aussi : DISTEL (M.), « La réforme du contrôle de l'administration en Grande Bretagne », *op. cit.* pp. 355-417 ; SORDI (B.), « *Révolution, Rechtsstaat* and the Rule of Law : historical reflections on the emergence of administrative law in Europe », pp. 23-36, pp. 33-34 in *Comparative Administrative Law*, sous la dir. de S. Rose-Ackerman et P. L. Lindseth, Edward Elgar, Cheltenham, 2010, 668 pages.

1131. Par le *Statutory Instruments Act* de 1946.

1132. ALLISON (J.), *A continental distinction in the Common Law. A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 270 pages, p. 24.

b. L'héritier moderne : John Allison

Les idées de John Allison reflètent une certaine modernité. Tout d'abord, car son œuvre majeure sur ce point date de 1996[1133]. De plus, la question n'est plus politisée, comme elle pouvait l'être au début du XXe siècle. Enfin, plus serein, le débat amène de nouvelles idées que John Allison ne manque pas de développer. Ce d'autant qu'à l'époque où il écrit, la distinction entre droit public et droit privé est admise.

Il est à noter en premier lieu que, à la différence de Lord Hewart, John Allison est très critique vis-à-vis de l'œuvre de Dicey, concernant l'étude du droit administratif français. Il accuse le célèbre publiciste Whig d'avoir été conduit à refuser le droit administratif par « négligence du contexte politique et historique » français[1134]. En second lieu, à cette mauvaise compréhension du système étudié, s'ajoute, selon John Allison, une défaillance dans la vision critique que Dicey porte sur son propre système. Notamment, bien qu'ayant admis les évolutions du système anglais (vers le droit administratif) et français (vers un droit administratif plus libéral), Dicey continue de suivre « sa thèse originelle concernant l'incompatibilité du *droit administratif* et de la rule of law anglaise »[1135]. Les écrits de Dicey expriment et contentent un certain « chauvinisme national »[1136].

John Allison se démarque donc clairement de la méthodologie et de l'héritage de Dicey. Mais la conclusion est similaire. Quant à la méthode, il privilégie une étude historique et comparative[1137]. Il met ainsi en évidence qu'il faut un modèle précis pour que le droit public, substantiellement distinct du droit privé, puisse exister. Trois éléments doivent être réunis: une certaine théorie de l'État, une certaine approche du droit et des institutions et enfin, des procédures

1133. ALLISON (J.), *ibid.*
Pour une vision similaire défendue par un autre auteur : HARLOW (C.), « The Crown : Wrong Once Again ? », *MLR* 1977, pp. 728-732 ; « 'Public' and 'Private' law : definition without distinction », *MLR* 1980, pp. 241-265.
Voir aussi pour une critique du livre de John Allison : CANE (P.), « Accountability and the Public/Private Distinction », pp. 247-276 notamment pp. 265-268 in *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, sous la dir. de Nicholas Bamforth et Peter Leyland, Hart Publishing, Oxford, 2003.
Pour une réponse de John Allison, voir : « Variations of view on English legal distinctions between public and private », *CLJ* 2007, pp. 698-711.
1134. ALLISON (J.), *A continental distinction in the Common law. A Historical and Comparative Perspective on English Public Law, op. cit.,* pp. 19-20 ; « Variations of view on English legal distinctions between public and private », *op. cit*.
1135. *ibid*, p. 20. C'est l'auteur qui souligne, ces mots étant en français dans le texte.
Dicey défendait une vision relativement différente dans ses cours, sans pour autant que cela le conduise à réviser les démonstrations qu'il opérait dans son œuvre majeure : BELL (J.), « La contribution de la doctrine à la formation du droit administratif : perspective britannique », pp. 41-54, voir p. 49 in *Le service public, Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, Paris, 2016.
1136. *ibid.*, p. 22.
1137. *ibid.,* pp. 27-33.

judiciaires particulières[1138]. En fait, la troisième particularité semble plutôt une conséquence des deux premières caractéristiques.

L'auteur relève que le premier élément nécessaire à cette catégorie particulière de pays pouvant avoir un droit public est l'existence d'une certaine conception de l'État, de l'administration[1139]. Cette conception peut ressortir soit d'une centralisation du pouvoir qui permet l'identification d'un centre névralgique au sein du pays, soit de la reconnaissance de certains pouvoirs et devoirs particuliers pour l'État. Quelle que soit la raison, l'administration a une consistance particulière qui la rend différentiable des individus. Dès lors, « dans cette société, les conséquences juridiques spéciales sont justifiées pour les litiges administratifs par les qualités reconnues à l'administration d'État »[1140], notamment parce que « la concentration du pouvoir dans l'administration d'État crée une inégalité énorme entre ses pouvoirs et le pouvoir des individus »[1141]. De la reconnaissance de cette inégalité découle le reste puisqu'« alors que l'égalité formelle des individus est reconnue en droit privé, l'inégalité substantielle du pouvoir est le sujet principal du droit public »[1142].

Le second élément permettant d'avoir un système de droit public est l'utilisation par les juristes d'un esprit de catégorisation du droit. Il est nécessaire que le droit puisse être découpé en catégories afin d'opérer la distinction entre ce qui relève purement de l'individu et ce qui relève de la collectivité. Cela autorise alors à conceptualiser deux systèmes autonomes[1143].

Enfin, il en découle la mise en place de juges particuliers, ayant une connaissance particulière de l'administration. Une telle structure juridictionnelle permet « d'intervenir autoritairement et de façon extensive pour guider l'administration »[1144].

De l'étude de ces trois principes découle, selon l'auteur, quatre caractéristiques nécessaires à un système de droit public : une conception développée du rôle de l'État, une approche catégorielle du droit, un principe de séparation des pouvoirs entre judiciaire et administration, et enfin une procédure judiciaire de type inquisitorial[1145]. Les éléments composant le modèle de société dans lequel le droit public peut se développer se retrouvent en droit français. Par exemple, le rôle

1138. *ibid.,*, p. 34.
1139. *ibid.*, pp. 34-35.
Dans le même sens voir : HARLOW (C.), « 'Public' and 'Private' law : definition without distinction », *MLR* 1980, pp. 241-265 ; « The Crown : Wrong Once Again ? », *MLR* 1977, pp. 728-732 ; WALTERS (M.), « Is Public Law ordinary ? », *MLR* 2012, pp. 894-913, voir p. 898 (à propos des idées de Martin Loughlin) ; BELL (J.), *ibid*., voir pp. 46-47.
1140. *ibid.*, p. 34.
1141. *ibid.*, pp. 34-35.
1142. *ibid*, p. 35.
1143. *idem*.
1144. *ibid*, p. 36.
1145. *ibid*, pp. 36-39.

particulier dévolu à l'administration et l'émergence d'un juge spécial ayant un rôle central dans l'élaboration du droit administratif, sont des éléments significatifs. La conclusion de l'auteur quant à la présence de ces éléments en droit anglais est cependant sans appel. Selon lui, la distinction opérée en droit anglais, entre droit public et droit privé, est « risquée »[1146]. Cette distinction provient d'une « transplantation » qui n'a pas pris en compte le contexte particulier dans lequel se trouve l'Angleterre[1147]. En l'absence d'une théorie de l'État, du fait de l'insularité anglaise et d'une centralisation administrative limitée, la distinction, tel un organe greffé, ne peut prendre[1148]. Selon lui, les systèmes français et anglais sont incompatibles. La greffe a été faite, mais elle ne peut prendre et doit être abandonnée[1149].

Comme nous pouvons le constater, l'œuvre de John Allison est beaucoup moins polémique que celle de Dicey et de Hewart. Pour autant la conclusion est similaire : la distinction entre droit public et droit privé vient du continent et ne peut prendre place outre-Manche. Le contexte propre à chaque pays ne permet pas à la greffe de prendre. Néanmoins, cela ne signifie pas qu'un droit administratif, version anglaise, ne puisse irrémédiablement se développer. De longue date, cette perspective est admise par une partie de la doctrine

B. Les critiques faites aux idées de Dicey

Dicey et ses « héritiers » ont avancé une idée commune : le droit administratif ne peut exister ni ne doit exister en Angleterre. Partant, un constat d'incompatibilité doit être tiré. Mais cette conclusion serait trop hâtive. De nombreux auteurs anglais l'ont d'ailleurs senti et divergent par rapport à ce point de vue.

Aujourd'hui, deux grandes critiques peuvent être faites à Dicey. D'une part, ses idées se

1146. *ibid*, p. 236.
1147. *idem*.
1148. *ibid*, pp. 72-108. Pour les autres éléments, voir le reste du livre, notamment sur l'absence d'approche catégorielle du droit chez les anglais (pp. 122-135), sur l'absence de séparation des pouvoirs interdisant la mise en place d'un juge expert pour les litiges de l'administration (pp. 152-169) ou l'émergence d'un corps de règles substantiellement différent du droit ordinaire (pp. 177-189), et enfin sur l'absence de procédure inquisitoriale en Angleterre (pp. 190-234).
1149. *ibid*, pp. 237-245. Il est intéressant de relever qu'en son temps, Rodolphe Dareste avait usé de la même méthode pour rejeter les critiques estampillées « libérales » portées contre le Conseil d'État, et se basant sur le modèle anglais. Partant des différences importantes dans l'organisation administrative française et anglaise, ainsi que dans les pouvoirs octroyés à l'administration et dans la conception du rôle des juges, il en déduit : « L'exemple de l'Angleterre ne prouve donc rien contre l'institution de la justice administrative. Si l'Angleterre a pu s'en passer, cela tient d'abord à ce qu'elle n'a pas d'administration centralisée et hiérarchiquement ordonnée, mais de simples fonctionnaires, pour la plupart électifs, toujours responsables de leurs actes et toujours enchaînés au texte d'une loi attentive à tout prévoir ; cela tient ensuite à l'organisation admirable de ses Cours de justice, dont les pouvoirs et les formes de procédés rappellent notre Conseil d'État bien plus que nos Cours d'appel. Ce serait donc faire fausse route que d'attaquer au nom des principes libéraux la justice administrative, et cependant les attaques ne lui ont pas été épargnées » (*La Justice Administrative en France*, *op. cit.*, p. 685).

fondent sur une vision contestable du droit administratif français, et ce sur différents points. Tant sur les sources utilisées que sur l'actualité même du droit administratif, Dicey a commis des erreurs qui entachent sa théorie. De là, ses critiques ne portent plus avec la même force (1.). D'autre part, et à l'inverse, Dicey a une appréciation trop idéalisée du système juridique anglais. Loin d'être ce qu'il décrit, ses lacunes ont depuis été mises en lumière (2.).

1. La mauvaise appréciation du droit administratif français

La première critique qui peut être faite à l'œuvre de Dicey tient au champ d'études et à la méthode employée. Concernant le premier point, durant les sept premières éditions de son œuvre, Dicey assimile, sans aucun avertissement, le droit administratif au contentieux administratif[1150]. En effet, toute la critique de Dicey porte sur le fait que l'administration en France dispose de pouvoirs particuliers, mais aussi qu'elle est soumise à des cours particulières.

Cette première critique est elle-même dénoncée par Lawson, dans son étude de l'œuvre de Dicey. Selon cet auteur, en France, le droit administratif est souvent assimilé au contentieux administratif. Ainsi, Dicey n'avait pas à opérer de distinctions là où les auteurs français n'en faisaient pas[1151]. Nous ne pouvons que donner raison sur ce point à Lawson. Pour un comparatiste, les manuels et les œuvres des juristes du pays étudié sont la matière première de son travail. Ils sont le point d'accès à la culture juridique du pays. Rien n'obligeait dès lors Dicey à opérer différemment des auteurs français. Cependant, cela révèle chez le juriste anglais un *a priori* négatif sur le système français, et une volonté de prouver la véracité de sa conclusion (le droit administratif est un méfait) avant même de l'avoir véritablement étudié.

En conséquence, la critique du champ d'études conduit à une critique méthodologique. Toute la méthode de Dicey est tournée vers la démonstration de l'infériorité du système de droit administratif français par rapport au système anglais. Dans son argumentation, l'auteur se concentre uniquement sur le contentieux administratif, objet de son ressentiment le plus fort. En appuyant toute sa réflexion sur ce point, son but est seulement d'arriver à la conclusion qu'il a choisie. Cela est clairement mis en avant par la précision qu'il apporte au moment de traiter du droit administratif français. Dicey prévient le lecteur : « ce n'est pas mon but dans ce chapitre de donner une vision générale du *droit administratif*. Mon but est de traiter le *droit administratif* en ce que ces principes fondamentaux s'opposent aux idées modernes anglaises de rule of law, et notamment montrer qu'il a

1150. DISTEL (M.), « La réforme du contrôle de l'administration en Grande Bretagne », *op. cit.*, pp. 366-368 ; FLOGAITIS (S.), *Administratif Law et Droit Administratif*, *op. cit.*, pp. 43-44.
1151. LAWSON (F.H), « Dicey Revisited. I », *Political Studies* 1959, pp. 109-126, pp. 116-118.

toujours donné, et donne toujours, une protection et des privilèges particuliers aux agents de l'État »[1152]. L'idée est claire : le but n'est pas de faire un exposé complet du droit administratif, mais d'en montrer l'opposition avec le droit anglais, et donc son infériorité par rapport à lui[1153].

Une critique sur le fond du travail de Dicey est aussi possible. Nous ne reviendrons pas ici sur les commentaires faits par John Allison. Dans sa thèse *Administrative law et droit administratif*, Spyridon Flogaïtis relève, à propos de Dicey, qu'« en ce qui concerne le droit administratif en particulier, il a beaucoup exagéré, surtout en matière de responsabilité des fonctionnaires »[1154]. Comme nous l'avons signalé, Dicey a beaucoup critiqué l'article 75 de la Constitution de l'an VIII prévoyant la garantie des fonctionnaires. Mais il ne traite jamais de la décision *Pelletier* rendue par le Tribunal des conflits et opérant la distinction entre faute personnelle et faute de service[1155]. Cette décision de 1873, partageant la responsabilité d'un agent entre juge administratif (faute de service) et juge judiciaire (faute personnelle), est un coup porté aux propos de l'auteur anglais.

Plus généralement, le problème majeur de fond dans l'étude de Dicey est qu'elle se fonde sur le système français d'avant 1870. Dès lors, Dicey ne pouvait que développer une vision critiquable du droit administratif car « il pensait que le Conseil d'État s'était montré inefficace pour contrôler les abus du pouvoir pendant le Second Empire »[1156]. Pour Lawson, cette critique doit être atténuée. En effet, ayant écrit la première édition de son œuvre en 1885, Dicey n'a pu bénéficier de l'importante systématisation du droit administratif français que Laferrière opérera dans son traité, en 1888[1157]. Cependant, Dicey prend connaissance de l'œuvre du Vice-président du Conseil d'État par la suite. S'il prend acte des évolutions que le droit administratif a subies, et les expose, jamais il ne modifiera sa conclusion quant au droit administratif[1158]. Quelques années après la mort de Dicey, Frederick Port affirmera que « nulle part ailleurs qu'en France le citoyen ordinaire n'est mieux protégé contre les conséquences des actes des agents de l'État qu'en France aujourd'hui », preuve que Dicey ne pouvait ignorer les évolutions du système français[1159].

1152. DICEY (A.-V.), *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, 8e éd., *op. cit.*, p. 213, note 1.
1153. Dans la même idée, lors d'une discussion avec le Professeur Berthélémy, Dicey aurait dit « en Angleterre, nous n'avons pas connaissance d'un droit administratif ; et nous ne voulons pas en connaître » (HARLOW (C.), « La distinction public/privé dans le système juridique anglais », *op. cit.*, p. 200).
1154. FLOGAITIS (S.), *Administratif Law et Droit Administratif*, *op. cit.,* p. 50.
Voir aussi : GARNER (J.W.), « La Conception anglo-américaine du droit administratif », *op. cit.*, pp. 344-345.
1155. TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, rec. 1er supplt. 117.
1156. HARLOW (C.), « La distinction public/privé dans le système juridique anglais », *op. cit.,* p. 201.
Voir aussi : CASSESE (S.), *La construction du droit administratif, France et Royaume-Uni*, Montchrestien, Paris, 2000, 155 pages, pp. 61-64.
1157. LAWSON (F.H.), *ibid.*, p. 118 ; GARNER (J.W.), *ibid*., p. 338.
1158. ALLISON (J.), *A continental distinction in the Common law. A Historical and Comparative Perspective on English Public Law, op. cit.* pp. 20-21 ; HARLOW (C.), *ibid.*, p. 201 ; ERRERA (R.), « Dicey and French Administrative Law : A Missed Encounter ? », *PL* 1985, pp. 695-707, voir pp. 698-699.
1159. PORT (F.), *Administrative Law*, *op. cit*., pp. 329-330.

Dans une ligne similaire à celle de Lawson, Spyridon Flogaïtis cherche à dédouaner Dicey en affirmant que « le droit administratif que Dicey voulait comparer avec le droit anglais n'est pas celui de 1885, date de la première édition de son ouvrage et à laquelle il se révèle plutôt mal informé, et moins encore celui de 1914 »[1160]. Notamment, l'auteur s'appuie sur un passage de l'œuvre de Dicey pour démontrer que ce dernier « ne voulait prendre en considération que la période napoléonienne ainsi que celle allant jusqu'à la IIIème République »[1161]. Dicey aurait ainsi plutôt axé son travail sur une comparaison historique pour mieux mettre en avant les différences entre les deux systèmes, car « il considère que le résultat certain d'une comparaison des deux systèmes en 1908 serait qu'il n'y a pas de différences essentielles » entre système français et anglais[1162]. Plusieurs critiques doivent être faites. Tout d'abord, il nous semble que M. Flogaïtis a mal interprété le passage du livre de Dicey sur lequel il s'appuie pour fonder sur affirmation. Certes, le publiciste anglais relève que les étudiants qui s'intéressent au droit administratif français doivent garder à l'esprit les changements importants qu'a connus ce droit entre 1800 et 1908, signe que l'auteur a conscience de la différence substantielle qui existe pour le droit administratif entre ces deux dates. Dicey continue en précisant que « les idées fondamentales qui soutiennent cette matière du droit français sont, comme nous le verrons, permanentes, mais elles ont évolué à différents degrés et dans différentes directions au fil du temps »[1163]. Mais au lieu d'étudier ces différences, l'auteur continue, toujours guidé par sa volonté de mettre en évidence la supériorité du système anglais, en soutenant qu' « ainsi tout essai de comparaison entre le droit administratif français et notre rule of law anglaise serait trompeur sauf à dire quels sont les éléments de chaque droit que nous comparons »[1164]. L'auteur poursuit en précisant que « si, par exemple, nous comparons le droit anglais et le droit français tel qu'il est en 1908, nous allons probablement nous imaginer (de façon erronée selon moi) que *e.g.*, au regard de la position ou des privilèges de l'État ou de ses agents dans leurs relations avec les citoyens, il y a peu de différence essentielle entre les droits des deux pays »[1165]. C'est cela qui justifie, selon Dicey, de n'étudier le droit administratif que de 1800 à 1870, car c'est la seule méthode qui permette « d'apprécier de façon correcte l'opposition essentielle entre notre rule of law anglais et les idées fondamentales sur lesquelles repose le droit administratif »[1166]. Ce passage illustre parfaitement le fait que Dicey opère consciemment sa comparaison dans un but précis : prouver l'incompatibilité entre droit administratif et *rule of law*. Il l'admet lui-même : opérer

1160. FLOGAITIS (S.), *Administratif Law et Droit Administratif*, *op. cit.*, p. 44.
1161. *ibid.*, p. 45.
1162. *ibid*, p. 44.
1163. DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, 8e éd., *op. cit.*, p. 217.
1164. *idem*.
1165. *idem*.
1166. *idem*.

une comparaison en 1908 le conduirait à une conclusion qu'il rejette par avance, car elle est « erronée » selon lui. Ainsi, procéder comme le fait Dicey est très critiquable. Cela revient à tirer des conclusions sur un système en se fondant uniquement sur ses origines, et en niant toutes ces évolutions. Les résultats d'un tel travail ne peuvent être ni objectifs ni utilisables.

2. Une vision contestable du droit anglais

La doctrine de Dicey peut être critiquée pour sa partialité. Le problème majeur de son œuvre semble se situer ici. Dans sa volonté de démontrer, non sans un certain chauvinisme, la supériorité du droit anglais, Dicey est parti de postulats erronés le concernant[1167]. De ce fait son point de vue sur le droit de son époque est en partie faussé (a.). De surcroît, si, en grande majorité, la doctrine anglaise fait sienne l'idée que le droit administratif n'a réellement émergé qu'au XXe siècle, un bref exposé historique permettra d'en relativiser la portée (b.).

a. Une vision contestable donnée par Dicey du droit contemporain

Trois grandes critiques peuvent être faites ici.

Déjà à l'époque de Dicey, les autorités publiques en Angleterre disposaient de pouvoirs discrétionnaires. Robson relève que dès la première parution de *The Law of the Constitution* en 1885, « les ministres avaient déjà de larges pouvoirs discrétionnaires provenant de la loi »[1168]. Nous reviendrons sur ce point par la suite.

De plus, il existait aussi, dès la fin du XIXe siècle, des tribunaux qui venaient concurrencer les cours ordinaires : les *Administrative Tribunals*[1169]. À cela s'est ajouté le transfert croissant de

1167. Pour une critique détaillée, voir : ARTHURS (H.W.), « Rethinking Administrative Law : A Slightly Dicey Business », *op. cit*.
1168. ROBSON (W.), « Administrative Law », *op. cit.*, p. 194 ; JENNINGS (I.), *The Law and The Constitution*, *op. cit*., pp. 311-313.
Pour une défense de Dicey sur ce sujet, et son rapport avec le principe d'égalité voir : LAWSON (F.H), « Dicey Revisited. I », *op. cit.*, pp. 210-213 ; HARLOW (C.), « 'Public' and 'Private' law : definition without distinction », *MLR* 1980, pp. 241-265, pp. 247-250.
1169. Voir l'introduction.
Voir : HARLOW (C.), « La distinction public-privé dans le système juridique anglais », *op. cit*., p. 205 ; ALLISON (J.), « Variations of view on English legal distinctions between public and private », *op. cit.*, p. 706.

pouvoirs juridictionnels aux ministres, qui sont devenus juges de certains litiges administratifs[1170]. Sur ce dernier point, Dicey a réagi et affirmé que cela ne conduisait pas à remettre en cause sa théorie, dès lors que les décisions des ministres continuaient d'être soumises aux cours ordinaires[1171]. En fait, ce dernier point va devenir le dernier rempart de la conception diceyenne face au développement du droit administratif en Angleterre[1172]. Le rejet du droit administratif est, dès lors, assimilé au rejet de la dualité de juridiction.

Enfin, l'égalité devant le droit, principe cher à Dicey, connaissait de nombreuses entorses. D'une part, comme nous l'avons mentionné, les autorités publiques se voyaient octroyer des pouvoirs discrétionnaires, signe qu'elles avaient une place particulière dans le système juridique. D'autre part, jusqu'en 1947, et le *Crown Proceedings Act*, la Couronne était, pour une large part, exclue du contrôle juridictionnel[1173]. Ce n'est qu'à partir de cette date qu'une action en responsabilité contre la Couronne du fait des fautes commises par ses agents a été rendue possible[1174]. Ce mouvement de soumission de la Couronne à un contrôle juridictionnel se poursuivra avec l'affaire *Council of Civil Services Unions and Others v. Minister of the Civil Service* (dite *GCHQ*) de 1985. Les Lords accepteront de soumettre à un contrôle juridictionnel la validité des actes pris par la Couronne dans l'exercice de ses « pouvoirs de la prérogative » (*prerogative powers*)[1175].

1170. ALLEN (C.K.), « Some aspects of administrative law », *op. cit*, p. 15 ; GARNER (J.W.), « La Conception anglo-américaine du droit administratif », *op. cit.*, p. 341 ; HARLOW (C.), *ibid*, pp. 205-207.
1171. DICEY (A.V.), « The development of Administrative Law in England », *op. cit.*
À l'inverse : GARNER (J.W.), *ibid*, pp. 350-354.
1172. Ainsi, Lord Bingham relève que « ce que Dicey voyait d'un mauvais œil c'était l'attribution de requête publique à des juges publics statuant dans des cours publiques. Son analyse était peut-être erronée mais son jugement, appliqué à notre système, était pertinent. J'aurai moi aussi beaucoup de suspicion envers un organe qui, placé en dehors du système des cours ordinaires, déciderait des droits existants entre les citoyens et l'État, sauf à ce que la légalité de ses décisions soit soumise au contrôle des cours ordinaires. C'est, à mon sens, le point essentiel de Dicey » (BINGHAM (T.), « Dicey Revisited », *op. cit.*, p. 51). Voir aussi : HARLOW (C.), « La distinction public-privé dans le système juridique anglais », *op. cit*., p. 201, pp. 204-206.
On retrouve aussi une idée similaire dans l'article de Erwin Riezler, l'auteur affirmant que si certains litiges en droit anglais étaient des litiges administratifs, en revanche « il n'y a pas en droit anglais de règle générale, en vertu de laquelle tout litige à caractère de droit public relèverait d'une juridiction administrative spéciale » (RIEZLER (E.), « Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public », pp. 117-136, p. 122 in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. III., *op. cit.*).
1173. Sa responsabilité ne pouvait être engagée que sur le fondement d'une faute contractuelle, et encore, la Couronne devait donner son accord par le biais de la procédure « Petition of Right ».
Voir : GARNER (J.W.), « La Conception anglo-américaine du droit administratif », *op. cit.*, pp. 346-347, pp. 362-364, pp. 367-370 et pp. 372-373 ; LAWSON (F.-H), « Le droit administratif anglais », *RIDC* 1951, pp. 412-426, voir pp. 415-417 ; PADFIELD (C.F.), *Elements of Public Law*, Harrap & Co., Londres, 1968, 352 pages, pp. 134-136 ; HOOD PHILLIPS (O.), *Constitutional and Administrative Law*, 3e éd., Sweet and Maxwell, Londres, 1962, 855 pages, pp. 38-39 ; SCHWARTZ (B.) et WADE (H.W.R.), *Legal Control of Government. Administrative Law in Britain and the United States*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1972, 349 pages, pp. 186-187.
1174. Section 2(3) du *Crown Proceedings Act*.
SCHWARTZ (B.) et WADE (H.W.R.), *ibid*., pp. 186-187 ; CONFORD (T.), « Legal Remedies Against the Crown and its Officers Before and After M », pp. 233-265 in *The Nature of the Crown*, sous la dir. de M. Sunkin et S. Payne, OUP, Oxford, 1999 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 891-892.
1175. *Council of Services Civil Unions and Others v. Minister of the Civil Service* [1985] AC 374. Les « pouvoirs de la prérogative » (*prerogative powers*) sont des pouvoirs discrétionnaires détenus par la Couronne. Ils sont considérés

De surcroît, l'application du principe d'égalité a conduit, dans certaines situations, à des solutions absurdes et dangereuses. Dans l'affaire *Malone*, les juges ont reconnu la possibilité pour un commissaire de mettre sur écoute un individu[1176]. Aucune loi ne l'autorisait. Cependant, le commissaire est un individu comme les autres : le principe libéral selon lequel tout ce qui n'est pas interdit par la loi est autorisé, lui a été appliqué[1177]. Sur ce fondement, corollaire du principe d'égalité devant le droit, le commissaire a pu procéder à la mise sur écoute téléphonique de l'individu[1178]. Cette idée d'égalité a été explicitement remise en cause par Law J. dans l'affaire *Fewings*. Il énonce, dans son jugement rendu pour la Haute Cour : « Les organes publics et les personnes privées sont tous soumis à la rule of law […] Mais les principes qui gouvernent leurs relations avec le droit sont cependant différents. Pour ce qui est des personnes privées, la règle est qu'il est possible de faire tout ce qui n'est pas interdit. […] Mais pour les organes publics la règle est opposée, et est ainsi d'un tout autre tenant. Elle stipule que toute action doit être justifiée en droit. Un organe public ne dispose pas de droits historiques découlant de sa seule nature ; dans tous les cas, tout ce dont il s'occupe constitue le prolongement des devoirs qu'il détient envers les autres ; en effet, il n'existe pour aucune autre raison »[1179]. Bien que n'étant pas parfaitement exacte, cette opinion de Laws J reflète le changement de paradigme dans le traitement des pouvoirs des personnes publiques. Elles ne sont plus les égales des personnes privées. Leurs fonctions sont différentes, car leur raison d'être est de remplir des devoirs envers la communauté. À ce titre, elles ne peuvent qu'être constituées et leurs pouvoirs découlent nécessairement de cet acte constitutif.

b. Le droit administratif anglais, des racines anciennes?

Les points que nous venons de mettre en évidence sont autant d'éléments illustrant la reconnaissance d'une place particulière pour les autorités publiques. La Couronne détient un statut

comme les marques de pouvoirs appartenant autrefois à celle-ci en vertu de la *common law*, et que le Parlement ne lui a pas encore retirés en légiférant dans les domaines qu'ils concernent.

1176. *Malone v. Metropolitan Police Commissioner (No. 2)* [1979] Ch. 344.
Voir le commentaire de cette affaire fait par Carol Harlow (*PL* 1980, pp. 1-6).

1177. *Malone v. Metropolitan Police Commissioner (No. 2)* [1979] Ch 344, p. 367 (Sir Robert Megarry V-C).
HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *Law and Administration*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 10-12 ; HARRIS (B.V.), « Government « third source » action and common law constitutionalism », *LQR* 2010, pp. 373-402, notamment pp. 373-376 ; MASTERMAN (R.) et MURRAY (C.), *Exploring Constitutional and Administrative Law*, Pearson, Harlow, 2013, 659 pages, pp. 181-182.

1178. L'affaire a été par la suite portée devant la CEDH qui a donné raison au requérant et a condamné le Royaume-Uni (CEDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, Série A n°82, req. n°8691/79).

1179. *R. v. Somerset County Council, ex p. Fewing*s ([1995] 1 All ER 513, p. 524) cité par BAMFORTH (N.), « The Public Law – Private Law Distinction : A Comparative and Philosohical Approach », pp. 136-159, p. 139 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et Terry Woods, Blackstone Press Limited, 1997.

juridique particulier, l'exonérant en grande partie de toute responsabilité. Les autorités administratives voient leurs pouvoirs s'accroître et être soumis à des instances de contrôle particulières. Cependant, ces éléments peuvent se concilier avec la vision anglaise du droit administratif. Il suffit que les règles applicables à l'action administrative restent des règles issues de la *common law*, appliquées par des cours de *common law.*

Pour autant, certaines spécificités apparaissent avant le XXe siècle. Nous nous appuyons ici principalement sur le travail de William Holdsworth[1180].

Jusqu'au XVIIe siècle, le pouvoir monarchique anglais se renforce. Plus important pour notre sujet, les pouvoirs se centralisent au sein du Conseil[1181]. Notamment, celui-ci va obtenir un rôle important dans la fonction administrative. Sous les Tudors, cet organe va intensifier son contrôle sur les instances locales. Il usera d'actes directs et plus précisément d'enquêtes menées directement sur le terrain[1182]. De même, il développera un contrôle général sur les cours et juges inférieurs. Cela conduira à ce que les actions menées contre un agent local ou central relèvent de sa compétence. Dès lors, « les activités du Conseil tendaient à encourager l'idée continentale selon laquelle la couronne et ses agents se trouvaient en dehors du droit ordinaire »[1183]. Cela signifie qu'ils étaient « soumis à des cours spéciales et à un droit spécial, et que dans leurs affaires ils n'étaient pas forcément soumis à la common law »[1184]. Un exemple est donné par Edith Henderson. Au début du XVIIe siècle, les commissaires locaux chargés de l'écoulement des eaux de la région de Northampton avaient décidé de lever une taxe sur un village. Il était décidé qu'elle serait payée par la vente du bétail d'un paysan, William Hetely. Après cette vente forcée, celui-ci attaqua la décision et fut emprisonné. Il fît une action d'*habeas corpus* devant la Cour du Banc du Roi. Les juges lui donnèrent raison et le libérèrent. Il intenta par la suite une action pour emprisonnement délictueux. À ce moment, le Conseil intervint et l'obligea à stopper son action. Quelque temps après, ce même Conseil prit un acte affirmant la compétence de ces commissaires pour construire de nouveaux bâtiments et lever des taxes. Il décida aussi que les recours contre ces décisions devaient être portés, d'abord devant les commissaires, puis devant lui[1185]. Ce phénomène fait ainsi dire à William Holdsworth que « si nous nous arrêtons sur le seizième siècle, il peut sembler que l'État anglais, comme l'État continental, était en train de voyager le long du chemin menant à un gouvernement

1180. HOLDSWORTH (W.), *A History of Englis Law*, 17 volumes, Methuen, Londres, 1956-1972.
1181. HOLDSWORTH (W.), *A History of English Law*, *op. cit*., vol. IV, pp. 54-107.
1182. *ibid*., pp. 72-73.
1183. *ibid*., p. 85.
1184. *ibid.*, p. 85 et pp. 273-274.
1185. HENDERSON (E.), *Foundations of English Administrative Law, Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century*, Harvard University Press, Cambridge, 1963, 204 pages, pp. 32-34.

centralisé fondé sur l'absolutisme royal et supporté par un système de droit administratif »[1186]. Deux éléments importants ressortent de cette idée. D'une part, le « système de droit administratif » est lié au processus de centralisation et à la création d'un État au sens moderne. Puisque les Anglais s'écarteront de cette voie au XVIIe siècle, l'idée d'un droit administratif sera abandonnée. Le contrôle administratif des organes centraux sera remis en cause au profit d'un contrôle juridictionnel par les cours de *common law*[1187]. D'autre part, ce même système de droit administratif est considéré comme supportant « l'absolutisme royal ». On perçoit bien ici les fondements de la critique de Dicey. Le droit administratif qui a pu poindre en Angleterre au XVIe siècle est un outil de l'absolutisme. Sa présence dans un régime libéral ne peut être que négative. Au contraire, la *common law* apparaît comme le rempart contre cet arbitraire. On retrouve le cœur même de la théorie de Dicey : le point fondamental est la soumission des organes administratifs à des cours de *common law.* Après la Glorieuse Révolution ce contrôle sera opéré par voie juridictionnelle, grâce aux *prerogative writs*.

Le rejet du droit administratif, plus exactement du « système de droit administratif », est permis par l'unité du contrôle provenant de la *common law.* On peut ainsi affirmer que, plus que substantiellement, c'est dans son acception formelle et procédurale que le « droit administratif » est voué aux gémonies. En somme, tant qu'il n'y a pas de cours particulières, composées de juges spéciaux, le système anglais conserve son unité. Quelques exemples nous permettent de conclure à cette idée.

On peut relever qu'au XVIIIe siècle les cours n'opéraient pas un contrôle complet des administrateurs locaux. William Holdsworth soutient que « les cours n'ont jamais essayé de remettre en cause le pouvoir discrétionnaire des juges de paix »[1188]. Cette restriction était toutefois limitée aux cas où ce pouvoir discrétionnaire était utilisé de façon honnête, sans corruption...[1189]. Par exemple, les décisions de nomination de certains agents ne relevaient pas du contrôle des cours ni d'ailleurs la fixation de certaines impositions[1190]. Mais cela ne constitue pas un « système de droit administratif » dès lors que les pouvoirs des juges de paix proviennent de la loi ou de la *common law*[1191].

Dans une veine similaire, on admettait à la même époque que « les cours étaient prêtes à

1186. *ibid*., vol. IV, p. 106 ; voir aussi p. 60.
1187. *ibid.*, vol. X, p. 156.
1188. HOLDSWORTH (W.), *A History of English law*, *op. cit*., vol X., p. 248.
1189. *idem*.
1190. *ibid.*, p. 252.
1191. *ibid.,* p. 248 et p. 251.

fournir des avantages procéduraux à la Couronne et ses agents »[1192]. Il en allait ainsi du *writ* de *certiorari*, délivré de droit lorsqu'il était demandé par la Couronne. À la différence, un individu désirant bénéficier de ce *writ* devait apporter des arguments pour se le voir délivrer. Cela permettait à la Couronne « de protéger ses agents contre des procédures des cours inférieures »[1193]. Or, ce « privilège » accordé se fonde sur l'idée de « bon gouvernement »[1194]. De même, ce n'est que depuis le *Crow Proceedings Act* de 1947 que la responsabilité quasi-délictuelle de la Couronne peut être recherchée du fait de ses agents[1195]. Auparavant, seule une action en responsabilité personnelle était possible directement contre l'agent. Toutefois, en principe, en droit anglais, l'employeur est responsable des agissements de ses employés[1196]. On constatait donc jusqu'en 1947 une différence de traitement. Elle se fondait sur l'idée que le « Roi ne peut mal faire » (*The King can do no wrong*)[1197].

Au XVIIIe siècle toujours, l'Angleterre assistait au développement d'un droit local complexe. Est topique de ce phénomène l'émergence d'un ensemble de règles concernant le « droit applicable aux pauvres »[1198] ou encore les « levées d'argent »[1199]. Concernant le premier, il est admis depuis le XVIe siècle que les juges de paix peuvent renvoyer un travailleur pauvre dans sa ville d'origine[1200]. Le but était d'éviter la migration de ces travailleurs et leur prise en charge par des localités d'où ils n'étaient pas originaires. Mais le XVIIe siècle voit la diversification des pouvoirs des juges de paix dans ce domaine : ils pouvaient créer des commerces pour donner du travail aux personnes pauvres ou encore octroyer des terrains dans le même but[1201]. Certains voient dans ce domaine les prémisses du droit administratif moderne[1202]. Pour ce qui est du second domaine, il traduit lui aussi le développement d'un certain interventionnisme local encadré par les juges. Les « levées d'argent »

1192. *ibid*., p. 252.
1193. *ibid.,* pp. 252-523.
1194. *ibid*. p. 252. De même Edith Henderson relève que certaines limites procédurales pèsent à cette époque sur le *writ* de *mandamus* et ce afin de « préserver la liberté nécessaire à l'action des agents gouvernementaux » : HENDERSON (E.), *Foundations of English Administrative Law, Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century*, *op. cit*., p. 72.
1195. HOLDSWORTH (W.), *ibid*., vol. X., pp. 651-652 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 891-892.
1196. STEPHEN (H.J.), *New Commentaries of the Laws of England*, 5e ed., Butterworth, Londres, 1863, pp. 241-254
1197. HOLDSWORTH (W.), *A History of English law*, *op. cit*., vol. X., pp. 651-652 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 891.
1198. Nous mettons l'expression entre guillemets, car le lecteur ne doit pas se méprendre. Il ne s'agit de droits favorables aux personnes pauvres, mais de règles juridiques s'appliquant à leur situation, souvent de façon défavorable pour eux.
1199. Le terme anglais est *rating*. Cette « levée d'argent » se distingue de la taxation. Si dans le second cas une somme est demandée par individus pour certains services, dans le premier c'est une somme globale qui doit être réunie. La charge de cette somme est ensuite répartie entre les individus : HOLDSWORTH (W.), *ibid*., vol. X., pp. pp. 276-277.
1200. HOLDSWORTH (W.), *ibid.*, vol. IV, pp. 390-398 ; vol VI., pp. 351-353 ; vol X., pp. 276.
Voir aussi : HENDERSON (E.), *Foundations of English Administrative Law, Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century*, *op. cit.*, pp. 22-25.
1201. HOLDSWORTH (W.), *ibid*., vol. X., pp. 272-274 ; vol XIII., pp. 311-315 (pour les développements au XIXe siècle).
1202. Tel est le point de vue de Edith Henderson : HENDERSON (E.), *ibid*., p. 143.

permettaient aux paroisses d'obtenir des fonds afin, notamment, de prendre en charge les pauvres vivant sur leur territoire. Dans ce domaine, les cours sont venues préciser les conditions et les limites de ce pouvoir. Ainsi, s'il pouvait prendre en charge les frais des agents chargés des personnes pauvres, cela ne pouvait concerner les ex-agents[1203]. Il était aussi nécessaire de définir les personnes devant payer et l'évaluation de la propriété permettant de définir la base de la somme à payer. Les lois prévoyant ce pouvoir ne mentionnant pas la Couronne, cette dernière en était écartée par principe. Cette exclusion s'étendait aux agents de la Couronne occupant une propriété afin de remplir leurs obligations. Après quelques hésitations, les juges ont cependant écarté de ce privilège les autorités locales qui ne sont pas sous une dépendance assez étroite vis-à-vis de la Couronne[1204].

En somme, ce n'est pas tant la mise en place d'un traitement différencié qui empêche la reconnaissance du droit administratif. Les exemples que nous venons d'énoncer reflètent l'existence depuis le XVIIIe siècle de pouvoirs et privilèges particuliers pour les organismes publics. Mais ces éléments découlent de la loi et de la *common law*. Les pouvoirs des autorités chargées de l'administration ne découlent pas d'une source arbitraire comme a essayé de l'être le Conseil. Ils se fondent sur la volonté du législateur et sur la jurisprudence. En cela, nous pouvons dire que le refus du droit administratif est avant tout formel. De là, il découle une antinomie entre ce droit et la *common law*. Dès lors que cette dernière fonde et limite les pouvoirs, aucun système de droit administratif n'est possible. Voilà qui explique les propos de Dicey et son aversion pour le système français. Est aussi justifié le faible intérêt de ce dernier pour les régimes juridiques particuliers déjà existants à l'époque. Avant toute chose, le rejet du droit administratif est le rejet de cours spéciales et de procédures juridictionnelles particulières.

L'étude de l'œuvre de Dicey laisse une impression mitigée. Il a été un pionnier dans son domaine, ce qu'il ne faut pas oublier. De plus, malgré les erreurs et imprécisions qu'il a pu commettre, Dicey ne jette pas un regard totalement hostile sur le droit administratif. Il en avait saisi les évolutions, comme le prouve son affirmation selon laquelle « le droit administratif s'est, dans la période récente, tellement développé qu'il réunit les caractéristiques d'une société moderne et démocratique »[1205]. Au point d'imaginer l'existence d'un droit administratif en Angleterre ? Il est difficile de répondre clairement. L'introduction de sa dernière édition le laisse suggérer[1206]. De même, John Allison ne s'oppose pas fermement à une distinction substantielle entre droit public et

1203. *T.awney's Case* (1704) 2 Ld. Raym. 1009.
1204. HOLDSWORTH (W.), *ibid*., vol. X., pp. 295-299.
1205. DICEY(A.V), *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, 8e éd., *op. cit.,* p. 21 l
1206. *ibid*, pp.lxi-lxvi ; ALLISON (J.), *A Continental distinction in the Common law*, *op. cit.*, p. 21.

droit privé, « moins critiquable et plus certaine » selon lui[1207]. Sa critique porte sur l'émergence en Angleterre d'une distinction procédurale et institutionnelle. En un mot, c'est l'exclusivité procédurale telle qu'elle ressort de l'affaire *O'Reilly v. Mackman* que l'auteur critique[1208]. Enfin, pour Lord Hewart, il y a pire que le droit administratif. Il y a « l'arbitraire administratif »[1209] qui se développe, sous ses yeux, en Angleterre. À l'inverse du système français de droit administratif, cet « arbitraire » est caractérisé par le développement sans limites des pouvoirs discrétionnaires des personnes publiques.

Le jugement de ces trois auteurs n'est donc pas sans concession envers le droit administratif. Mais l'appréhension est palpable. Ce qui ressort avant tout, c'est l'inadaptation d'un tel système, de ses valeurs, de sa philosophie, au droit anglais. Le droit administratif fonctionne certes en France, ses mérites sont reconnus. Cependant, cela ne signifie pas qu'il soit transposable, en l'état, au système anglais. Pourtant, c'est bien un droit administratif qui va progressivement émerger, avec certitude, dans les années 1960.

II. La nécessité de concilier les pouvoirs de l'exécutif et les droits des individus : l'émergence du droit administratif en Angleterre

L'utopie de la soumission des autorités publiques au même droit que les individus a vécu. Il ne reste des idées de Dicey que l'absence d'une juridiction particulière, composée de juges particuliers, pour connaître des litiges administratifs. Sur le fond du droit, des règles spéciales vont voir le jour dans la seconde moitié du XXe siècle. La cause en est simple : de plus en plus, l'administration va augmenter ses domaines d'intervention et ses pouvoirs. Afin de faire face à ce phénomène, les cours vont faire émerger des règles particulières comme réponse à l'augmentation croissante des missions et des pouvoirs de l'administration (A.). Le développement de ce droit administratif jurisprudentiel correspond à une nécessité commune à la France et à l'Angleterre. Il s'agit, pour les juges, aidés par la doctrine, de construire un ensemble de règles dont l'objectif est de concilier deux éléments : la protection des droits et les nécessités de l'action administrative (B.). Une fois la définition du droit administratif envisagée, il nous faudra déterminer dans quelle mesure

1207. *ibid*, p. 238, voir plus généralement pp. 238-245.
1208. Voir l'introduction : I, B, 2, c.
Une telle distinction remet va à l'encontre de l'esprit pragmatique anglais : HARLOW (C.), « « Public » and « Private » law : definition without distinction », *MLR* 1980, pp. 241-265 ; BOYRON (S.), « La *summa divisio* vue d'outre-Manche », *in De l'intérêt de la* summa divisio *droit public-droit privé ?*, sous la dir. de Baptiste Bonnet et Pascale Deumier, Dalloz, Paris, 2010, 297 pages, pp. 121-136.
1209. Lord Hewart parle de « Administrative Lawlessness » : *The New Despotism*, *op. cit.*, notamment pp. 43-58.

son champ d'application correspond à celui de la procédure de *judicial review*. Tout comme dans le cas de la France, le but est de mettre en évidence que le droit administratif déborde du cadre de la procédure de *judicial review*, et ne se confond pas entièrement avec (C.).

A. La construction du droit administratif par les juges en raison du développement de l'Administration et de ses pouvoirs

Si, comme Dicey ou Lord Hewart, certains auteurs peuvent affirmer au début du XXe siècle que le droit administratif n'existe pas (et ne doit pas exister) en Angleterre, le constat est différent dans les années 1960. Ce mouvement de construction trouve son origine dans l'affaire *Ridge v. Baldwin*, et dans l'assertion de Lord Reid selon laquelle « nous n'avons pas de système développé de droit administratif – peut être parce que jusqu'à récemment nous n'en avions pas besoin »[1210]. Cette décision marque le début d'un mouvement juridictionnel dont l'objectif est de soumettre les nouveaux pouvoirs des autorités publiques au droit.

Afin de comprendre le développement du droit administratif en Angleterre, il est nécessaire d'en étudier en premier lieu la cause. Ainsi, une étude préliminaire du développement des pouvoirs et des actions de l'administration est nécessaire (1.). Par la suite, il sera envisagé la façon dont les juges ont répondu, par leurs jugements, à ce défi qui se présentait à eux. La réponse, nous l'avons déjà dit est la construction d'un droit particulier, adapté aux enjeux en cause : le droit administratif (2.).

1. Le développement des actions et des pouvoirs de l'administration

Ce mouvement de croissance de l'action administrative, et des pouvoirs des autorités publiques est, contrairement à ce que l'on pourrait penser *a priori*, très ancien. Les auteurs situent le début de ce mouvement aux années 1830[1211]. Cette période marque un tournant dans l'histoire

1210. *Ridge v. Baldwin* [1964] AC 40, p. 72.

1211. Tel est par exemple le point de vue du Professeur John Griffith, membre de la London School of Economics : voir POOLE (T.), « The Elegiac Tradition : Public Law and Memory », *PL* 2014, pp. 68-84, notamment pp. 70-71, pp. 74-75, p. 82.

Voir aussi : PORT (F.), *Administrative Law*, *op. cit*., pp. 82-87 ; CARR (C), *Concernant English Administrative Law*, Columbia University Press, New York, 1941, 189 pages, pp. 1-10 ; WILLSON (F.M.G.), « Ministries and Boards : Some Aspects of Administrative Development since 1832 », *Public Administration* 1955, pp. 43-58 ; MITCHELL (J.), « L'absence d'un système de droit administratif au Royaume-Uni : ses causes et ses effets », *EDCE* 1964, pp. 211-225, notamment 213-214 ; ARTHURS (H.W.), *'Without the Law'. Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, University of Toronto Press, Toronto, 1985, 312 pages, pp. 131-138 ; FLOGAITIS (S.),

anglaise puisque le Parlement n'a eu de cesse d'augmenter ses interventions dans la vie sociale et économique de l'Angleterre. Le *Reform Act* de 1832, qui augmente le corps électoral et améliore quelque peu le système des élections, en est le point de départ[1212]. Il permet de faire entrer au Parlement les préoccupations nouvelles de la population, sous l'influence des idées utilitaristes de Bentham[1213], tout en donnant une légitimité accrue à la Chambre des Communes. De plus en plus, cette dernière intervient par le biais de lois réformant l'existant ou, le plus souvent, en créant de nouvelles institutions administratives. Il n'est pas nécessaire de développer ces évolutions. Elles n'ont, en elles-mêmes, qu'un faible intérêt pour notre sujet[1214]. Plus intéressant est le phénomène qui en découle.

Afin de mettre en œuvre les prescriptions législatives, le Parlement a considérablement développé les structures administratives. Une centralisation administrative sectorielle est opérée par le biais du système des commissions. Ces dernières sont créées pour remplacer le pouvoir local jugé défaillant. Nous en avons déjà vu des exemples[1215]. En même temps que s'opère ce mouvement de centralisation, la loi octroie de plus en plus de pouvoirs discrétionnaires aux autorités administratives. Par le biais de la technique de la législation déléguée, les autorités administratives reçoivent un pouvoir législatif, c'est-à-dire la possibilité de prendre des mesures générales et impersonnelles, ainsi que juridictionnelles, permettant de prendre des décisions particulières à l'issue d'une procédure contradictoire[1216].

Ce mouvement ne se limite pas au XIXe siècle. Il se renforce d'ailleurs au XXe siècle, sous l'influence des nécessités de l'époque, notamment des deux guerres mondiales et du développement de l'État Providence[1217]. À ce moment, les ministres deviennent la pierre angulaire du système

Administrative Law et Droit Administratif, *op. cit.*, p. 53 ; HOOD PHILLIPS (O.), JACKSON (P.), LEOPOLD (P.), *O. Hood Phillips & Jackson : Constitutional and Administrative Law*, 8e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 2001, 855 pages, pp.648-650 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 35-52.

1212. DREYFUS (F.), *L'invention de la bureaucratie, servir l'état en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIIe-XXe siècle)*, Éditions la découverte, Paris, 2000, 290 pages, pp. 132-133 ; CHASSAIGNE (P.), *Histoire de l'Angleterre des origines à nos jours*, Éditions Flammarion, Paris, 2008, 608 pages, p. 280 et s.

1213. LOUGHLIN (M.), « Why the History of English Administrative Law is not Written », *op. cit.*, pp. 163-165.

1214. Pour une description des réformes, voir CHASSAIGNE (P.), *ibid.*, p. 299 et s ; FLOGAITIS (S.), *ibid.*, p. 59 et s. Voir aussi le rapport présenté par René Millet devant la société de législation comparée, le 12 mai 1875 (*Bulletin de la société de la législation comparée*, n°6, Juin 1875, pp. 306-328).

1215. Voir l'introduction.

1216. WILLIS (J.), « The Delegation of legislative and Judicial powers to Administrative Bodies. A Study of the Report of the Committee on Ministers' Powers », *Iowa Law Review* 1932, pp. 150-159 ; SUZMAN (A.), « Administrative Law in England : A Study of the Report to the Committee on Ministers' Powers », *Iowa Law Review* 1932, pp. 160-186 ; ALLEN (C.K.), *Law and Orders. An inquiry into the nature and scope of delegated legislation and executive powers in England*, Stevens & Sons, Londres, 1945, 385 pages.

1217. JOWELL (J.), « Administrative law », pp. 376-384 in *The British Constitution in the Twentieth Century,* sous la dir. de V. Bogdanor, OUP, Oxford, 2003 ; LOUGHLIN (M), « Modernism in British public law. 1919-1979 », *PL* 2014, pp. 56-67 ; BELL (J.), « La contribution de la doctrine à la formation du droit administratif : perspective britannique »,

administratif anglais. L'interventionnisme toujours plus grand de « l'État » anglais conduit à un encombrement du Parlement, que ce dernier tente de résoudre par la délégation accrue de pouvoirs aux autorités administratives. De plus en plus de législations déléguées octroient à ces dernières des pouvoirs discrétionnaires[1218]. Le transfert de pouvoir se faisait, dans ce cas, sous le contrôle du Parlement, qui devait valider la mesure prise par le ministre ; aussi, la législation déléguée n'était pas perçue comme dangereuse. La foi dans le contrôle du Parlement est alors totale.

Mais en plus des pouvoirs législatifs reçus par délégation, les ministres reçoivent des pouvoirs « quasi-judiciaires »[1219], c'est-à-dire un pouvoir discrétionnaire permettant de prendre des décisions, au terme d'une certaine procédure devant respecter diverses formes, en tenant compte du droit applicable et des faits[1220]. Par exemple, il s'agit des décisions prises en matière d'urbanisme par un ministre au terme d'une enquête publique[1221]. De tels pouvoirs sont aussi confiés aux *Administratives Tribunals*, qui se développent alors[1222]. Or, sur ces pouvoirs quasi-judiciaires, point de contrôle du Parlement. Ce sont ces pouvoirs qui vont attirer les foudres des juristes anglais dans la première moitié du XXe siècle[1223]. Le développement des *Tribunals* marque certainement une étape fondamentale dans la reconnaissance d'un droit administratif[1224]. Pour Holdsworth d'ailleurs « il est vrai qu'au dix-neuvième siècle nous pouvons voir le développement d'un contrôle administratif par les ministères du gouvernement central, qui rappelle le contrôle du Conseil » mais « le contrôle juridictionnel reste dominant »[1225]. C'est par le renforcement de ce dernier que le droit administratif anglais va véritablement se développer.

Ainsi, depuis les années 1830, un mouvement de croissance des structures administratives et de leurs pouvoirs, a vu le jour. Le droit administratif est étroitement associé à ce mouvement. Robson le résume parfaitement. En 1959, il affirme ainsi que « ces événements historiques et

---

pp. 41-54, voir p. 49 in *Le service public, Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, Paris, 2016.

1218. ALLEN (C. K.), « Some aspects of administrative law », *op. cit.*, p. 14 ; *Law and Orders*, *op. cit.*, pp. 205-215.

1219. ROBSON (W.), *Justice and Administrative Law*, *op. cit.*, p. 90-160 et pp. 249-327.

1220. DE SMITH (S.A.), *Judicial Review of Administrative Action*, 3e éd., 1973, Stevens & Sons, Londres, 549 pages, p. 64 : un acte « quasi-judiciaire » peut renvoyer à trois définitions différentes selon De Smith : « il peut décrire une fonction qui est en partie judiciaire et en partie administrative – i.e. un ordre d'expropriation (qui est un acte discrétionnaire ou administratif) précédé par la tenue d'une enquête locale sur un modèle judiciaire et la prise en compte des objections. Cela peut, alternativement, décrire l'élément « judiciaire » d'une fonction ; ainsi, la tenue d'une enquête et la prise en compte des objections dans une procédure d'expropriation sont des actes « quasi-judiciaire ». Ou cela peut décrire la nature d'un acte discrétionnaire lui-même lorsque le pouvoir discrétionnaire de l'auteur n'est pas illimité ».
Voir aussi la définition donnée par le Comité sur les pouvoirs des ministres (1932, Cmd. 4060, pp. 73-74) ; PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, thèse, Dalloz, 2013, 1293 pages, pp. 44-46.

1221. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 255-272.

1222. Voir l'introduction.

1223. Voir *supra*, sur les idées Lord Hewart : Chapitre II, Section II, I, A, 2.

1224. FLOGAITIS (S.), *Administrative law et Droit administratif, op. cit.*, pp. 59-94.

1225. HOLDSWORTH (W.), *A History of English law*, *op. cit.*, vol. X, p. 158.

politiques ont conduit à un développement substantiel de l'organisation de l'exécutif et un élargissement de ses fonctions. La source principale du droit administratif est aujourd'hui la loi, originelle ou subordonnée, créant de nouveaux départements et des entreprises publiques, et autorisant la mise en place de grands plans d'éducation, d'assurance et d'assistance nationales »[1226]. Dès lors, le droit administratif est le droit afférant à l'organisation de l'administration, et s'appuie sur la loi. En cela, il ne contredit pas l'idéal de Dicey, dès lors que les pouvoirs de l'administration sont soumis aux principes classiques de la *common law* et aux juges ordinaires, à l'instar des individus. Mais, ce sont pourtant de nouvelles règles que les juges vont élaborer pour contrôler l'administration.

2. La réponse des juges : la construction d'un droit administratif

Lorsque l'expression « droit administratif », dans sa dimension polémique, est utilisée en Angleterre, elle renvoie à l'existence des principes applicables à l'administration qui diffèrent des principes classiques de *common law*. L'influence de Dicey est ici encore palpable : le droit administratif a surtout une image contentieuse. Pour Garner, le but du droit administratif est de répondre à la question « comment et par quels moyens le gouvernement d'un pays peut-il être soumis à un contrôle efficace ? »[1227]. Dans un sens similaire, De Smith précise qu' « en essayant de faire une étude du droit administratif anglais, la tendance est de se concentrer sur le rôle des juges dans le contrôle des pouvoirs octroyés par la loi, dans l'introduction du concept de *natural justice* dans la procédure de décision administrative et dans certains cas mettre en évidence leur rôle dans l'utilisation de la common law comme rempart de la tyrannie, ainsi que l'avait imaginé Dicey »[1228]. Ce sont les principes qui permettent de répondre à cette préoccupation qui forment le droit administratif.

Deux périodes doivent être distinguées ici afin de voir comment le développement du droit administratif est lié à celui du contrôle juridictionnel. Une première période a été marquée par le recul du contrôle des juges face aux développements des pouvoirs de l'administration. Ne sachant comment faire face à ce phénomène, les juges ont entrepris de limiter leur contrôle (a.). Ce n'est que

1226. ROBSON (W.), « Administrative Law », *op. cit.*, pp. 202-203 ; *Justice and Administrative Law, op. cit.*, pp. 250-262. Voir aussi : DENNING (A.), *Freedom Under the Law*, Stevons & Sons, Londres, 1949, 126 pages, pp. 75-96.
1227. GARNER (J. F.), *Administrative Law*, 1ere éd., Butterworths, Londres, 1963, 408 pages, p. 20.
1228. DE SMITH (S.A.) et BRAZIER (R.), *Constitutional and Administrative Law*, 7e éd., Penguin Books, Londres, 1994, 778 pages, p. 579.
La *natural justice* est un concept traduisant l'ensemble des règles procédurales imposées par la *common law*, lors d'une prise de décision. Voir *infra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, II, B, 1.

plus tard, dans les années soixante, qu'un mouvement inverse sera amorcé (b.), conduisant à un affermissement du contrôle des juges et du droit administratif (c.).

a. Le recul du contrôle juridictionnel au début du XXe siècle

Dans un premier temps, la réaction juridictionnelle face à l'accroissement des pouvoirs administratifs a été un mouvement de repli. L'origine de ces pouvoirs n'est pas étrangère à cela. Le droit anglais repose sur le dogme de la souveraineté parlementaire. Dès lors, il revient aux juges de veiller à ce que la volonté du Parlement soit respectée, y compris par l'administration. Cependant, lorsqu'une loi confie un pouvoir discrétionnaire à l'administration, sa volonté est que ce soit l'autorité publique habilitée qui prennent, librement, la décision. C'est tout le sens de l'idée de pouvoir discrétionnaire.

Dès lors, les juges vont, eux-mêmes, poser des barrières à leurs contrôles. À ce titre, l'opposition entre le contrôle juridictionnel opéré sur les autorités administratives au XIXe et au XXe siècles, est éclairante. De Smith relève ainsi la différence de traitement par les juges entre deux affaires, à deux époques différentes. En 1863, dans l'espèce *Cooper v. Wandsworth*, les juges n'ont pas hésité à annuler une décision de démolir une maison, au motif que la démolition n'avait pas été autorisée, et qu'il était nécessaire que le propriétaire soit entendu avant que la décision ne soit prise[1229]. Cette décision, protectrice des droits de l'individu, est souvent citée comme marqueur du niveau de contrôle juridictionnel de l'époque[1230].

Mais, dès les premières décennies du XXe siècle, les juges vont réduire les protections procédurales entourant les décisions des autorités administratives. Dans l'affaire *Arlidge* de 1915, les juges ont reconnu la possibilité du ministre de ne pas divulguer l'un des rapports d'un inspecteur, constitué à l'occasion d'une enquête publique[1231]. Ce recul s'explique par la distinction entre actes administratifs et actes quasi-judiciaires. Les premiers expriment un pouvoir discrétionnaire et ne peuvent être contrôlés. Concernant les seconds, si la décision reste *in fine* prise discrétionnairement, l'autorité doit néanmoins respecter certaines formes. L'affaire *Electricity Commissioners*, tranchée

1229. *Cooper v. Wandsworth* (1863) 14 C.B. (N.S.) 180.
1230. DE SMITH (S.A.), *Constitutional and Administrative Law*, 1e éd., Longman, Londres, 1971, 712 pages, p. 561 ; PADFIELD (C. F.), *Elements of Public Law*, *op. cit*., pp. 254-256 ; ALLISON (J.), *A continental distinction in the Common law*, *op. cit*., pp. 128-129 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 325-326 ; MASTERMAN (R.) et MURRAY (C.), *Exploring Constitutional and Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 538-539.
1231. *Local Government Board v. Arlidge* [1915] AC 120.

en 1924, en est un exemple patent : le contrôle des juges était subordonné à l'existence d'une obligation pour l'administration d' « agir dans le respect des formes juridictionnelles » (*duty to act judicially*)[1232]. En dehors d'une telle obligation, même si la décision affectait les droits des individus, elle ne pouvait voir sa légalité contrôlée. Ainsi, le ministre peut-il renvoyer librement un étranger, sans lui accorder le droit de présenter ses observations[1233] ; de même, une autorité administrative peut remettre en cause une autorisation de conduire un taxi[1234], ou une licence de commerce[1235]. Le problème de la jurisprudence *Electricity Commissioners* était d'enfermer les *prerogative writs* dans un cercle vicieux : pour être ouverts, ils devaient concernés une décision à laquelle s'appliquait le respect de certaines règles procédurales et de formes, alors même que leur objet était d'imposer de telles règles si nécessaires. Cette réflexion tautologique interdisait aux juges de connaître d'un grand nombre d'affaires et limitait ainsi leur rôle.

Ils avaient plusieurs raisons de ne pas vouloir entrer trop loin dans le contrôle de ces pouvoirs administratifs. La loi ayant conféré un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité administrative, il ne pouvait relever du contrôle du juge que de veiller au respect des règles prévues par la loi[1236]. De même, les pouvoirs étant discrétionnaires, ils ne créaient pas de droits au profit des individus, mais seulement des « privilèges » que le juge ne pouvait protéger[1237]. Enfin, puisque c'est le Parlement qui confère de tels pouvoirs aux autorités administratives, il revient à ce dernier d'en contrôler l'utilisation. Cette période trouble du contrôle juridictionnel est à attribuer tant au Parlement qu'aux juges[1238].

b. La reconquête par les juges à partir de 1964

Ce n'est qu'en 1964 que les juges amorcent un mouvement de reconquête[1239]. L'affaire *Ridge*

1232. *R. v. Electricity Commissioners, ex p. London Electricity Joint Committee Co (1920) Ltd* [1924] 1 KB 171, p. 205 (Atkin L.J).
1233. *R. v. Leman Street Police Station Inspector ex p. Venicoff* [1920] 3 KB 72.
1234. *R. v. Metropolitan Police Commissioner, ex p. Parker* [1953] 1 WLR 1150.
1235. *Nakkuda Ali v. Jayaratne* [1951] AC 66.
Pour une étude critique de cette décision : WADE (H.W.R.), « The Twilight of Natural Justice ? », *LQR* 1951, pp. 103-110.
1236. *Board of Education* v. Rice [1911] AC 179, p. 182 (Lord Loreburn LC.).
1237. *Nakkuda Ali v. Jayaratne* [1951] AC 66, p. 78 (Lord Radcliff).
1238. ROBSON (W.), « Administrative Law », *op. cit*. 207-214.
À cette époque, le Parlement multiplie, au sein des lois, les clauses d'exclusion de *judicial review* : WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review,* 6e éd., *op. cit.*, pp. 328-340.
1239. Quelques décisions antérieures annonçaient les prémisses de ce retournement de situation. Dans la décision *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw* ([1952] 1 KB 338), les juges ont admis que soient contrôlées les erreurs dites « apparentes sur le dossier ». Pendant longtemps, le droit anglais a distingué les erreurs affectant la compétence de l'autorité, et que les juges pouvaient contrôler, et les erreurs dans le dossier de l'affaire, qui relevaient de la compétence de l'autorité. Avec l'affaire *ex p. Shaw*, les juges acceptent d'entrer dans l'étude du dossier, et

v. Baldwin va permettre une extension de la *judicial review* en mettant fin à la distinction entre actes quasi-judiciaires et actes administratifs[1240]. En l'espèce, un policier, se voyant appliquer une sanction, conteste le bien-fondé de la procédure. Le policier n'ayant pas reçu la possibilité de se défendre, la décision de renvoi prise à son encontre a été déclarée illégale. Pourtant, dix ans auparavant, dans une affaire similaire, les juges avaient considéré que les procédures disciplinaires, internes à l'administration, ne pouvaient se voir appliquer les règles procédurales, comme le droit à l'audience[1241]. Paul Craig relève trois grands arguments développés par Lord Reid, pour justifier la décision dans l'affaire *Ridge v. Baldwin*[1242]. Tout d'abord, si les principes procéduraux qui entourent l'exercice d'un pouvoir peuvent varier selon la nature de celui-ci, les juges ont fait un excès de zèle en les restreignant. De plus, le contexte expliquait en partie cette jurisprudence quelque peu frileuse. La période précédente était troublée par les guerres, ce qui peut justifier en partie l'attitude réservée des juges. Cependant, il est dorénavant nécessaire de revenir à un contrôle d'un niveau plus élevé. Enfin, les principes procéduraux ne s'appliquent pas seulement lorsque l'autorité a un devoir « d'agir dans le respect des formes juridictionnelles ». Au contraire, ce devoir existe, car ces principes s'appliquent dans un cas d'espèce, au regard de la nature de la décision en cause. La perspective est ici inversée, permettant une extension de l'application des règles procédurales. Dès lors, cette décision « ouvre une ère d'activisme dans laquelle les cours ont soumis le travail du gouvernement à un degré de contrôle juridictionnel, tant sur le fond que sur la forme, qui ne montre pas de signe de diminution »[1243]. D'un point de vue strictement qualitatif, le contrôle des juges s'accroît indéniablement.

Il est évident que le retour d'un contrôle juridictionnel sur les pouvoirs des autorités administratives a été aidé par les réformes législatives qui ont eu lieu dans les années trente et cinquante, dans le but de mieux encadrer ces pouvoirs[1244]. Cependant, l'arrêt *Ridge v. Baldwin* est avant tout le signe d'une confiance retrouvée des juges. Ces derniers se sentent assez armés pour pouvoir entrer dans l'examen d'une décision discrétionnaire. À cela s'ajoute une défiance dans le

donc de ce qui relève normalement de la compétence de l'autorité, et de censurer les erreurs apparentes, c'est-à-dire flagrantes.

1240. *Ridge v. Baldwin* [1964] AC 40.

1241. *Fry* [1954] 1 WLR 730, pp. 733-734 (Lord Goddard CJ.).

1242. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit*., pp. 340-341.
Voir le jugement de Lord Reid, dans l'affaire *Ridge v. Baldwin*, pp. 71-79.

1243. WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, p. 342.
Voir aussi : KERRY (M.), « Administrative Law and Judicial Review – The Pratical Effects of Developments over The Last 25 Years on Administration of Central Government », *Public Administration* 1986, pp. 163-172 ; JOWELL (J.), « Administrative Law », voir pp. 385-387 in *The British Constitution in the Twentieth Century,* sous la dir. de V. Bogdanor, *op. cit*.

1244. NEVILLE BROWN (L.), « La récente évolution du contentieux administratif en Grande-Bretagne : la loi du 1er août 1958 », *EDCE* 1959, pp. 201-211 ; FLOGAITIS (S.), *Administratif Law et Droit Administratif*, *op. cit.*, pp. 124-136.

contrôle parlementaire des autorités administratives. Le Parlement, encombré et de plus en plus docile, se montre incapable de contrôler une administration puissante. Les cas dans lesquels la gestion des affaires par l'administration est mise en cause se multiplient, et l'opinion publique s'en émeut[1245]. La réforme de 1977, introduisant la procédure unique de *judicial review*, va provoquer un accroissement non négligeable des décisions rendues dans des litiges opposant autorités publiques et individus. Ces circonstances sont importantes pour comprendre le renouveau du contrôle juridictionnel, et le développement du droit administratif[1246].

c. L'affermissement du contrôle et du droit administratif : le rôle fondamental des juges

Plusieurs décisions attestent de cet affermissement. Dès 1968, les juges développent un contrôle sur le fond des décisions discrétionnaires en contrôlant le but poursuivi par l'autorité administrative[1247]. De plus en plus, les juges s'émancipent du Parlement, en remettant en cause les clauses excluant tout contrôle juridictionnel[1248], ou en contrôlant les affirmations des ministres[1249].

Amorcée par Lord Reid, cette évolution a été systématisée par un autre juge : Lord Diplock. Ce dernier, tout comme Lord Reid, voit son nom intimement lié au développement du droit administratif en Angleterre[1250]. À la fin de sa carrière de juge, il envisageait l'évolution du droit anglais vers un système de droit administratif comme étant « l'un des plus grands accomplissements des cours anglaises durant sa carrière »[1251]. Lord Diplock a notamment participé activement à l'établissement de l'exclusivité procédurale par l'affaire *O'Reilly v. Mackman*[1252]. Surtout, il est à l'origine de la classification tripartite des cas d'ouverture de la *judicial review.* Dans l'affaire dite *GCHQ*, Lord Diplock identifie trois catégories d'éléments contrôlés par les cours lorsqu'elles ont à

1245. MASTERMAN (R.) et MURRAY (C.), *Exploring Constitutional and Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 538-539 ; JOWELL (J.), « Administrative Law », pp. 384-385 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit.*
1246. Pour une étude des circonstances politiques qui ont pu aider ce mouvement, voir : Lord Woolf, « The Role of the English Judiciary in Developing Public Law », *William & Mary Review* 1986, pp. 669-683, voir pp. 670-671 ; STEVENS (R.), « Governments and the Judiciary », pp. 333-372 notamment pp. 350-356 in *The British Constitution in the Twentieth Century*, sous la dir. de V. Bogdanor, *op. cit*.
1247. *Padfield v. Minister of Agriculture* [1968] AC 997.
1248. *Anisminic v. Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 910.
1249. *Conway v. Rimmer* [1968] AC 910. Au terme de cette affaire, la Chambre des Lords admet que, lorsque le ministre déclare que des documents utiles à un procès ne peuvent être communiqués sous peine de porter atteinte à l'intérêt public, les juges doivent balancer cet élément avec l'impact négatif qu'il a sur l'intérêt public qui ressort de la bonne administration de la justice. Voir sur ce point Lord Reid (pp. 950-951).
1250. Lord Wilberforce, « Lord Diplock and administrative law », *PL* 1986, pp. 6-7.
1251. *R. v. Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* [1982] AC 617, p. 641.
1252. Sur cette affaire, voir l'introduction : I, B, 2, b.

connaître d'une action administrative : l'illégalité, l'erreur procédurale et l'irrationalité[1253]. Ces éléments constituent les fondements du droit administratif anglais[1254]. Ces cas se sont enrichis d'autres éléments, mais la systématisation reste, dans une large part, pertinente. Grâce aux évolutions législatives, mais surtout jurisprudentielles, « la lumière est entrée » et ainsi « notre système de droit administratif est devenu bien organisé et complet »[1255].

À ce titre, l'exclusivité procédurale mise en place par les Lords dans l'affaire *O'Reilly v. Mackman* a été d'un grand renfort dans l'émergence du droit administratif. En prévoyant que les requérants ne pouvaient agir que par voie de *judicial review* pour contrôler la légalité des décisions des autorités publiques, la Chambre des Lords a obligé à une meilleure compréhension et à une meilleure systématisation du contrôle des juges. Ces derniers ont pu encore accentuer la spécificité des cas d'ouverture par rapport à ceux existant en droit privé. Sans en émerger, la particularité substantielle a été renforcée par la spécificité procédurale.

Cela d'autant plus que la rationalisation opérée de l'ancien système des *writs*, en 1977, a rendu plus aisé les œuvres doctrinales. Au lieu d'étudier de façon disparate chaque *writ*, sous un angle surtout procédural, les auteurs ont ainsi pu s'intéresser au fond des décisions rendues par le biais de la nouvelle procédure unique de *judicial review*[1256].

Le droit administratif anglais a su, malgré les réticences, croître grâce à la jurisprudence des cours anglaises. Le mouvement ne s'est pas arrêté dans les années quatre-vingt. Cependant, ici, il est avant tout question de mettre en évidence l'émergence du droit administratif, non son état actuel. Ce que l'on peut dire, c'est que le contrôle juridictionnel n'a cessé de se renforcer, et qu'il a trouvé de nouveaux appuis dans le droit de l'Union européenne et dans la Convention européenne des droits de l'Homme[1257].

Réaction aux excès du pouvoir exécutif[1258], et à la faiblesse du Parlement, le droit administratif est, avant tout, une construction jurisprudentielle. En cela, il concorde parfaitement avec l'héritage historique anglais : le droit administratif ne se distingue pas de la *common law* quant à sa source. Il n'opère pas de rupture juridique véritable, rendant impossible une distinction entre droit public et droit privé à l'image de celle existant en France. À tel point d'ailleurs, qu'aujourd'hui,

1253. *Council of Services Civil Unions and Others v. Minister of the Civil Service* [1985] AC 374, pp. 410-411.
1254. *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237, p. 255 (Lord Diplock).
Voir Lord Woolf, « The Role of the English Judiciary in Developing Public Law », *William & Mary Review* 1986, pp. 669-683, voir pp. 671-677.
1255. Selon les mots de Lord Diplock dans affaire *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237, pp. 253-254.
1256. BELL (J.), « La contribution de la doctrine à la formation du droit administratif : perspective britannique », pp. 41-54, voir p. 45-46 in *Le service public, Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, Paris, 2016.
1257. Pour un bref exposé, voir JOWELL (J.), « Administrative Law », *op. cit.*, pp. 387-398.
1258. Pour un lien entre développements de l'État et du droit administratif en Allemagne, en France et en Angleterre, voir : SORDI (B.), « *Révolution, Rechtsstaat* and the Rule of Law : historical reflections on the emergence of administrative law in Europe » pp. 23-36 in *Comparative Administrative Law*, sous la dir. de S. Rose-Ackerman et Peter L. Lindseth, Edward Elgar, *op. cit*.

il peut servir explicitement de modèle, dans certaines affaires de pur droit privé, afin de développer les principes de droit des contrats permettant de contrôler le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'une des parties[1259]. Les principes de la *judicial review* peuvent ainsi être utilisés par les juges, afin de tempérer le manque d'égalité entre les parties au contrat, car telle est la substance du droit administratif : établir une certaine égalité, une conciliation entre des éléments inégaux.

B. Un droit conçu pour concilier la protection des droits avec l'exigence d'efficacité de l'action administrative

Le rôle des juges en Angleterre est sans équivoque au sein de la *rule of law* de Dicey : ils doivent protéger les droits des individus. Comme nous l'avons vu, cette mission était défaillante au début du XXe siècle, avant un retour en grâce, notamment par une meilleure protection du droit d'audience. Mais ce retour ne s'est pas fait sans des concessions, nécessaires à l'action administrative. Conscients de leur mission, les juges ont recherché à concilier d'une part la protection des droits des individus, et d'autre part, de façon plus originale, le respect de l'efficacité de l'action administrative. Si le premier élément découle de la mission naturelle des juges, le second s'appuie sur le respect de la souveraineté parlementaire. Le Parlement a confié une mission à l'administration ; il convient pour les juges de la respecter. Tout l'intérêt de la jurisprudence moderne (après l'affaire *Ridge v. Baldwin*) est de permettre cette conciliation. Comme Paul Craig l'affirme, « le droit administratif, vu ainsi, est toujours une combinaison du monde politique avec les réactions des juges »[1260]. Nous verrons, par la suite, comment les juges procèdent plus précisément à cette conciliation. Le but ici, est de mettre en évidence que cela a conduit à la production d'un droit particulier.

Cette idée est parfaitement résumée dans la théorie des feux routiers élaborée par Carol Harlow et Richard Rawlings[1261]. Les auteurs développent deux conceptions du droit, *a priori* antinomiques. L'une permet de voir le droit comme un moyen d'action de l'administration, un support. L'autre considère le droit comme une limite à cette action (1.). Pourtant, ces deux conceptions sont au cœur du droit administratif anglais. Les juges vont le construire dans un but de

1259. *Braganza v. BP Shipping Ltd* [2015] UKSC 17.
Voir sur cette affaire : ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 143-145.
1260. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 2.
1261. Notamment dans *Law and Administration*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 1-48. Voir également la seconde édition (Cambridge University Press, Cambridge, 1997, ré-édition 2006, 655 pages, p. 29 -127).

conciliation de ces deux données (2.).

1. La théorie du « feu vert » et du « feu rouge » de Harlow et Rawlings : quel rôle pour le droit administratif ?

La métaphore du feu de trafic routier est très illustrative des idées développées par les auteurs. Elles se fondent en fait sur deux conceptions différentes du droit. Le droit peut être deux choses : un support pour l'action publique, une aide apportée à cette action ; un frein, une limite à l'action administrative. Selon l'idée que l'on se fait du droit, soit on adopte la première position dite du « feu vert », soit la seconde dite du « feu rouge »[1262]. Cette distinction n'est pas entièrement nouvelle. Les auteurs s'appuient notamment sur le travail de Sir Cecil Carr. Ce dernier met en évidence que derrière la question de la conception du droit, et du droit administratif en particulier, se cachent des réflexions sur la théorie de l'État. En somme, ceux adoptant une idéologie libérale, tournée vers un État minimal, seront plus enclins à voir le droit comme une limite à l'action étatique. À l'inverse, pour les tenants d'un interventionnisme accru de l'État, le droit est un des outils permettant la mise en œuvre efficace de son programme d'action. Dès lors, « d'un côté il y a ceux qui veulent aller plus loin dans l'accélération, et de l'autre ceux qui souhaitent appuyer sur le frein »[1263].

Deux conceptions du droit, deux conceptions de l'État, mais aussi, et surtout pour nous, deux conceptions du rôle des juges.

Pour les tenants du « feu rouge », le droit devant freiner l'action de l'exécutif, le rôle des juges est ici primordial. Ces derniers doivent veiller au respect des lois, mais ils doivent aussi protéger les droits des individus face au gouvernement. Ainsi résumé, il n'est pas étonnant que des auteurs comme Dicey, mais aussi William Wade, soient considérés par Carol Harlow et Richard Rawlings comme étant des tenants de cette théorie[1264]. Le droit administratif a seulement pour vocation de permettre le contrôle du gouvernement par les juges, et ainsi de limiter ses intrusions dans les droits des individus. Pour Wade, « le premier but du droit administratif […] est de maintenir les pouvoirs du gouvernement à l'intérieur de leurs limites juridiques, dans le but de protéger le citoyen contre leur utilisation abusive »[1265]. Les tenants d'une telle position s'attachent à

1262. *idem*.
1263. CARR (C), *Concernant English Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 11 ; HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *ibid.*, 3e éd. pp. 1-3.
1264. HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *ibid.*, 3e éd, pp. 22-25.
1265. WADE (H.W.R.), *Administrative Law*, 6e éd., Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 5.

critiquer les limites, législatives ou autres, visant à limiter le rôle des cours.

À l'inverse, les auteurs plutôt favorables au développement des pouvoirs de l'exécutif voient d'un mauvais œil le développement croissant du contrôle juridictionnel. Telle est la position, par exemple, de Laski, Robson, Griffiths, Jennings mais aussi de Harlow et Rawlings[1266]. Une précision est toutefois nécessaire. Pour ces auteurs, il n'est évidemment pas question de laisser se développer un pouvoir arbitraire en Angleterre. Cependant, « alors que la théorie du feu rouge […] préfère un contrôle juridictionnel fort sur le pouvoir exécutif, la théorie du feu vert voit le droit administratif comme un moyen de progrès politique et accepte 'l'État administratif' »[1267]. L'État, pour ces auteurs, est conçu comme un outil d'organisation sociale. Cette vision a été influencée, notamment, par les idées de Duguit. Le droit est alors débarrassé de son rôle limitatif. Il devient, lui aussi, un outil au service de l'État, et donc de la communauté[1268]. Il n'est pas oppression, il est facteur d'avancées sociales. En ce sens, le droit administratif n'est pas défini comme un moyen de contrôle, mais plutôt comme ce qui « détermine l'organisation, les pouvoirs et les devoirs des autorités administratives »[1269]. Si les juges ne tiennent pas un rôle central ici, cela ne signifie pas pour autant qu'il y a une absence de contrôle. Pour Robson, le problème majeur du contrôle juridictionnel de l'administration tient dans le manque d'expertise des juges dans le domaine administratif, et dans leur manque de légitimité. Il milite ainsi pour la mise en place de cours spéciales, sur le modèle du Conseil d'État français[1270]. En l'absence d'un tel système en Angleterre, les tenants de la théorie de la « lumière verte » privilégient un contrôle parlementaire, ainsi qu'un contrôle administratif, par voie hiérarchique, sur les décisions des autorités publiques.

Légitimité et expertise sont les maîtres mots du contrôle qui doit peser sur l'administration. Or, les juges n'ont aucune de ces deux qualités. S'agissant de leur manque d'expertise, il faut souligner que leur contrôle se fait selon des valeurs purement juridiques. Les éléments concrets ou d'opportunité qui sous-tendent l'action administrative sont exclus. Concernant la légitimité, n'étant

---

Cette affirmation est reprise dans les éditions plus récentes : voir WADE (H.W.R.) et FORSYTH (C.F.), *Administrative Law*, 11e éd., Oxford University Press, Oxford, 2014, 867 pages, p. 4.

1266. BOYLE (A.), « Sovereignty, Accountability, and the Reform of Administrative Law », pp. 81-104 in A*dministrative Law and Government Action*, sous la dir. de G. Richardson et H. Genn, Clarendon Press, Oxford, 1994, 362 pages. Voir aussi dans la même œuvre, pour une vision plutôt classée comme « feu rouge » : CRANSTON (R.), « Reviewing Judicial Review », pp. 45-80.

Voir aussi : HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *ibid*., pp. 32-37.

Sur ces auteurs, et notamment le fait qu'ils appartiennent à la London School of Economics : LOUGHLIN (M), « Modernism in British public law. 1919-1979 », *PL* 2014, pp. 56-67.

1267. HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *ibid*., p. 31.

1268. *ibid.*, pp. 33-34.

1269. JENNINGS (I.), *The Law and The Constitution*, *op. cit.*, p. 217.

Voir aussi : GRIFFITH (J.A.G) et STREET (H.), *Principles of Administrative Law*, 1ere éd., Sir Isaac Pitman & Sons, Londres, 1952, 316 pages, pp. 2-3 ; HOOD PHILLIPS (O.), *The Constitutional Law of the Great Britain and the Commonwealt*h, Sweet & Maxwell, Londres, 1952, 826 pages, pp. 26-27.

1270. ROBSON (W.), *Justice and Administrative Law. A strudy of the British Constitution*, *op. cit* ; HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *ibid.*, pp. 37-40.

pas élus, les juges manquent de légitimité démocratique. Ce manque s'exprime de surcroît dans l'idée, que nous avons déjà évoquée, selon laquelle le Parlement, ayant confié un pouvoir discrétionnaire à l'autorité administrative, les juges n'ont pas à contrôler son utilisation[1271].

En résumé, les tenants de la première théorie sont plutôt pour une responsabilité juridictionnelle des autorités administratives, alors que les seconds sont plus enclins à accepter une responsabilité politique.

2. Le feu est orange : la fonction de conciliation du droit administratif et des juges

Comme bien souvent, les théories élaborées révèlent une vision manichéenne des choses, à des fins pédagogiques. La réalité est beaucoup plus nuancée.

Premièrement, Harlow et Rawlings admettent eux-mêmes que la distinction entre un droit limitant et un droit facilitant l'action de l'État n'est pas parfaite. Certains auteurs peuvent partager des valeurs communes[1272]. Axer son idéal-type de système vers des mécanismes de responsabilité politique ne conduit pas forcément à exclure le contrôle des juges, et inversement. Cependant, cette distinction reste un élément pertinent pour analyser les débats contemporains en Angleterre, mais aussi en Europe[1273].

Secondement, il apparaît que le droit administratif est aujourd'hui considéré, majoritairement, comme un droit permettant de concilier les deux points de vue. À la question « quel est, ainsi, la meilleure relation entre droit et pouvoir discrétionnaire ? », Arthurs répond qu'il est nécessaire de concilier les deux[1274]. Dès lors, il faut trouver où est le meilleur point d'équilibre entre droit et pouvoir discrétionnaire[1275].

Pour Jeffrey Jowell, « le développement du droit administratif durant le siècle a été bien plus qu'une liste d'arrêts et d'éléments visant à promouvoir la justice, la raison et la responsabilité. Son

1271. Cet argument s'appuie sur la théorie de la distribution des fonctions de Ganz. Voir : HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *ibid.*, pp. 41-42.
1272. *ibid.*, pp. 46-48.
1273. *ibid.*, pp. 44-45.
Voir aussi : ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 5-6.
1274. ARTHURS (H. W.), « Rethinking Administrative Law », *op. cit*., p. 25.
1275. *ibid*. L'auteur recherche aussi par quelle(s) procédure(s), et par quelle(s) autorité(s) cela doit être fait (pp. 25-45). Il semble opter pour un contrôle juridictionnel par voie de *judicial review*, à l'aide d'un droit administratif « qui est la meilleure protection des citoyens face aux abus » (p. 45).

développement a permis de tailler […] un nouveau modèle de démocratie qui accepte la nécessité du pouvoir de l'État – mais s'intéresse aussi à ses limites nécessaires »[1276].

Mark Elliott et Jason Varuhas sont encore plus explicites. Selon eux, « il y a peu de doute que le but central du droit administratif est de promouvoir une bonne administration », ce qui signifie notamment que « les organes administratifs doivent agir avec efficacité et avec honnêteté pour promouvoir le bien public »[1277]. Mais cela implique aussi qu' « ils doivent écouter les individus affectés par leurs décisions, en prenant en compte leur point de vue » et qu' « ils doivent agir de façon juste, transparente et impartiale, en recherchant toujours à servir l'intérêt général, tout en respectant, dans le même temps, les droits des individus »[1278]. Cette mission, qui fonde le droit administratif, n'a pas à être dévolue forcément aux cours. C'est un choix à opérer[1279]. Le contrôle juridictionnel est un moyen parmi d'autres de veiller au respect du droit administratif, à côté d'un contrôle administratif, parlementaire, ou du développement des *Tribunals* et des enquêtes publiques... Les juges sont une des pièces de cet ensemble. Dès lors, pour Mark Elliott et Robert Thomas, le droit administratif a deux sens : soit il permet de « décrire les moyens juridiques que les individus peuvent obtenir pour contester une décision publique » ; soit il permet de « faire référence au droit qui régit l'organisation et les activités des organes administratifs », et, dans ce cas, « le droit administratif concerne les pouvoirs des autorités publiques, leurs devoirs, les règles qu'elles doivent appliquer afin d'administrer et d'exécuter les politiques, et la procédure décisionnaire qu'elles utilisent »[1280]. On retrouve ici les deux visions.

Enfin, Peter Cane, rappelant la théorie de Harlow et Rawlings sur le droit, précise que « le droit administratif considéré comme une contrainte n'est pas *entièrement* négatif puisqu'il permet aussi de servir l'objectif positif de légitimation de l'administration publique dès lors qu'elle utilise les moyens mis en évidence par le droit administratif »[1281]. Peter Cane admet la distinction des deux auteurs, sur la double fonction possible du droit, et considère que le droit administratif est empreint des deux idées. Le droit administratif n'a dès lors pas seulement pour but de limiter l'action administrative (but négatif), il permet aussi de la légitimer (but positif).

1276. JOWELL (J.), « Administrative law », p. 398 in *The British Constitution in the Twentieth Century,* sous la dir. de V. Bogdanor, *op. cit*.
1277. ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.N.E.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit*., p. 1.
Voir aussi : HALLIDAY (S.), *Judicial Review and Compliance with Administrative Law*, 2004, Hart Publishing, Oxford, 188 pages.
1278. *idem*.
1279. *ibid.* p. 2 et pp. 9-10.
1280. ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, p. 478.
Voir aussi : DAVIES (A.C.L.), *The Public Law of Governments Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 343 pages, pp. xvi-xix.
1281. CANE (P.), *Administrative Law*, 5e éd., OUP, Oxford, 2011, 452 pages, p. 11 (C'est l'auteur qui souligne).

Pour résumer, il nous faut revenir à Harlow et Rawlings. Les auteurs, bien qu'opposant les deux visions du droit, ont amorcé une réflexion sur leur rapprochement. Le droit ne serait ni entièrement « vert », ni « rouge » mais surtout « orange »[1282]. Cela est mis en évidence par différents éléments. Par exemple, si le contrôle des juges reste important, et doit s'accroître, il est nécessaire de développer d'autres modes de résolution des litiges. De même, si les juges vont plus loin dans leur contrôle sur l'action administrative, ils doivent le faire en motivant plus leurs décisions, notamment en invoquant la violation des droits des individus[1283]. Cette idée nous semble aussi présente chez Peter Cane. L'auteur considère que les juges participent à la « bonne administration ». Cette notion regroupe des valeurs qui peuvent s'opposer comme l'efficacité de l'action administrative et l'impartialité des décisions administratives[1284]. Tout l'enjeu du droit administratif est de réussir cette conciliation. Dans cette optique, le rôle des juges est fondamental. D'ailleurs, Peter Cane relève qu'« il est clair que lorsque la 'justice' entre en opposition avec l'efficacité et l'efficience, elle ne doit pas toujours gagner »[1285]. Il appartient dès lors aux juges par le biais du développement du droit administratif, de concilier ces deux exigences[1286]. Cependant, Peter Cane doit aussi admettre qu'en Angleterre, le modèle de contrôle juridictionnel est surtout fondé sur la protection des droits des individus, dans la droite ligne de la pensée de Dicey[1287]. Ainsi, lorsque l'accent est mis sur le contrôle juridictionnel, c'est en fait pour valoriser la protection des droits des individus, au détriment de l'action administrative.

Il ressort de cet exposé sur le droit administratif anglais plusieurs éléments.

Bien qu'ayant été l'objet de nombreuses suspicions, le droit administratif a su émerger grâce à l'action des cours.

1282. HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *ibid.*
Voir aussi : MASTERMAN (R.) et MURRAY (C.), *Exploring Constitutional and Administrative Law, op. cit.*, pp. 480-482. Notons d'ailleurs que la théorie de l'État de droit n'est pas imperméable à cette idée de dualité du droit exprimée par la théorie des feux de routiers. L'État de droit, en impliquant le développement du normativisme dans un but d'encadrement de l'État (feu rouge), peut conduire à développer les pouvoirs de l'exécutif (feu vert). Jacques Chevallier (CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *RDP* 1988, pp. 318-380) affirme ainsi que dans l'État de droit, « le droit n'est plus seulement un instrument d'action pour l'État, mais aussi un vecteur de limitation de sa puissance ; aussi acquiert-il un caractère ambivalent pour l'administration, à qui il permet d'agir mais tout en pesant en même temps sur elle comme une contrainte » (p. 330). D'ailleurs, l'auteur relève que « le droit apparaît moins comme une contrainte que comme un moyen d'action par lequel l'État va poursuivre l'exécution de ses missions » (p. 378).
Voir aussi : LEISNER (W.), « L'État de droit – une contradiction ? », pp. 65-79 in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, Paris, 1975.
1283. *idem*.
1284. CANE (P.), *Administrative Law*, *op. cit*., 5e éd., p. 351.
1285. CANE (P.), *An Introduction to Administrative Law*, 3e éd., Clarendon Press, Oxford, 1996, 401 pages, p. 388, voir plus généralement pp. 378-392.
1286. *ibid.*, pp. 388-389.
Voir aussi : CRAIG (P.), *Adminsitrative law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 1-2.
1287. CANE (P.), « Understanding Judicial Review and Its Impact », pp. 15-42, notamment pp. 17-19 et pp. 39-40 in *Judicial Review and Bureaucratic Impact. International and Interdisciplinary Perspectives*, sous la dir de M. Hertogh et S. Halliday, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Cependant, affirmer cela occulte une partie du droit administratif anglais. Pour reprendre les termes de la théorie exposée plus haut, ce n'est se concentrer que sur la représentation « feu rouge » du droit. Il est un frein, une limite. Dit autrement, mais avec une même idée, le droit administratif sert à borner l'action des personnes publiques et à protéger l'individu. En principe, le contrôle juridictionnel est un frein au rôle de l'administration, selon les principes de la *rule of law* de Dicey. Cette position est encore très prégnante en droit anglais. Le juge a pour mission principale de protéger les droits des individus[1288]. Que le droit administratif ait cette fonction en Angleterre est évidemment indéniable. Il est l'œuvre des juges, un outil adapté à sa fonction : le contrôle de l'administration. Droit administratif et contentieux administratif ne font qu'un. N'oublions pas cependant que la procédure de *judicial review* représente une faible partie du contentieux administratif. Ce dernier est surtout absorbé par le *First-Tier Tribunal* et le *Upper Tribunal*[1289].

Mais le droit administratif a une autre dimension en droit anglais. Il permet de décrire les institutions administratives, leurs moyens d'action ainsi que leurs devoirs[1290]. En cela, il se rapproche du droit administratif au sens large, tel qu'il est conçu en France.

C. La dissociation entre droit administratif et judicial review

Nous avons vu précédemment que le lien entre Conseil d'État et droit administratif n'est pas aussi fort que ce qui est communément admis. La même question mérite aussi d'être posée pour le droit anglais. Le but est de déterminer si la *judicial review* et le droit administratif sont indissolublement liés. Deux interrogations doivent être distinguées, telles les deux facettes d'une même pièce : les juges appliquent-ils seulement le droit administratif lorsqu'ils ont à connaître d'une procédure de *judicial review* ? Les juges peuvent-il appliquer le droit administratif en dehors de la *judicial review* ?

Avant de donner toute réponse, il est nécessaire de préciser que la question ne se pose pas en Angleterre avec la même acuité qu'en France. L'originalité de la *judicial review* ne provient pas tant des principes dont elle fait application que des règles procédurales qui l'entourent[1291]. Elle est une

1288. CANE (P.), « Understanding Judicial Review and Its Impact », *op. cit.*, pp. 17-19.
1289. Voir l'introduction.
1290. Par exemple : CANE (P.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*
1291. HOOD PHILLIPS (O.), JACKSON (P.), LEOPOLD (P.), *O. Hood Phillips & Jackson : Constitutional and Administrative Law*, 8e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 2001, 855 pages, p. 29 (« il n'y a pas de système séparé de Droit Administratif mais il a des procédures distinctes pour veiller au respect des droits publics et des droits privés »).
Voir dans un sens similaire : ALDER (J.), « Obsolescence and Renewal : Judicial Review in the Private Sector », pp. 160-183 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T.

procédure de droit public en ce qu'elle prévoit des mécanismes procéduraux protecteurs des autorités publiques. Il en va ainsi des délais de recours beaucoup plus courts que dans les requêtes « classiques », de la possibilité pour les juges de refuser l'octroi d'une décision même si l'illégalité est avérée ou encore de la nécessité pour le requérant d'obtenir la permission de la Cour pour introduire sa requête. Ces éléments procéduraux permettent de protéger l'administration contre des requêtes non fondées ou qui conduiraient à contester tardivement la validité d'une décision. En cela, la procédure de *judicial review* a comme objectif de protéger l'administration et l'efficacité de son action[1292]. Ce sont, en autres, ces éléments qui ont conduit les Lords anglais à faire de la *judicial review* la seule procédure par laquelle un requérant puisse attaquer une autorité publique[1293]. Sur la forme, la *judicial review* est la seule procédure de droit public, elle y est donc intimement liée[1294].

Afin de répondre aux deux questions posées en ce début de développement, il convient d'envisager deux définitions différentes du droit administratif. Selon la définition retenue, les réponses seront quelque peu différentes. La première est celle qui fait du droit administratif le droit applicable à l'administration (1.), alors que la seconde l'envisage comme l'ensemble des règles particulières applicables à l'administration (2.).

1. Les conséquences de la définition du droit administratif comme droit applicable à l'administration

Sur le fond du droit, il n'y a pas de lien indissoluble entre *judicial review* et droit administratif. Comme nous l'avons vu, le droit administratif est pensé comme un droit de protection des individus et de conciliation avec les exigences de l'action administrative. Cette considération s'appuie sur l'idée que le droit administratif est avant tout le droit applicable à l'administration et non l'ensemble des règles spéciales qui s'appliquent à l'administration[1295]. Telle est la vision

Woods, *op. cit.*

1292. CANE (P.), « Public Law and Private Law : A Study of the Analysis and Use of a Legal Concept », pp. 57-78, voir pp. 75-77 in *Oxford Essays in Jurisprudence,* 3e série, sous la dir. de J. Eekelaar et J. Bell, *op. cit.* ; VARUHAS (J.NE.), « The Public Interest Conception of Public Law : Its Procedural Origins and Substantive Implications », pp. 45-85 in *Public Law Adjudication in Common Law System, Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell, M. Elliott, J. NE Varuhas et P. Murray, Hart Pulishing, Oxford, 2016.

1293. *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237, pp. 280-284 (Lord Diplock). Cette vision a été confirmée par la *Law Commission*, dont le rapport de 1993 rappelle qu' « il est dans l'intérêt public que cette procédure soit rapide, la stabilité et la prévention des litiges vexatoires ». Pour ces raisons, la Commission appelle à conserver le caractère exclusivité de la procédure de *judicial review* (*Administrative Law : Judicial Review and Statutory Appeals*, Law Com n°226, HC 669 pp. 20-21).

Voir aussi Lord Woolf, « Droit public – English style' », *PL* 1995, pp. 57-71, pp. 60-61.

1294. DUXBURY (N.), « The outer limits of English judicial review », *PL* 2017, pp. 235-248.

1295. Pour Allen, « le droit administratif est un corps de principes juridiques qui concernent les droits et les devoirs

classique en Angleterre.

En ce sens, droit administratif et droit de l'administration se confondent. Or, tout le droit ne s'applique pas à l'administration par le biais de la *judicial review*. S'il l'on s'en tient seulement au contentieux, l'administration peut voir ses actions soumises au droit par des voies d'actions plus classiques, comme l'injonction ou la déclaration qui peuvent être demandées en dehors de la procédure de *judicial review*. Rappelons que cette dernière ne concerne que le contrôle de la légalité des actes de l'administration. Sa responsabilité est mise en cause par d'autres moyens, notamment par la procédure des *writs*. En dehors du contentieux, cette définition englobe aussi la partie descriptive du droit administratif, celle ayant rapport à l'organisation et aux pouvoirs des autorités publiques.

Comme droit spécial applicable à l'administration, le droit administratif ne s'applique pas non plus uniquement par la voie de la *judicial review*. Mais celle-ci constitue néanmoins la base de cette approche du droit administratif.

2. Les conséquences de la définition du droit administratif comme l'ensemble des règles particulières applicables à l'administration

Il n'est pas interdit d'envisager le droit administratif comme l'ensemble des règles spéciales qui s'appliquent, au contentieux, à l'administration. Moins répandue, cette vision n'en est pas moins présente en Angleterre[1296]. En ce sens, le droit administratif ne se différencie plus du droit privé par

résultant de l'action des instruments exécutifs du gouvernement sur les individus. Comme tous « corps » de droit dans un pays sans code, il s'agit d'une classification, provenant du corps général de droit dans un but d'analyse et d'application. Ce n'est pas, de par sa nature, un corps séparé de pensée » (ALLEN (C.K.), *Law and Orders. An inquiry into the nature and scope of delegated legislation and executive powers in England*, *op. cit.*, p. 165).

La définition classique, souvent reprise, est celle d'Ivor Jennings, pour qui « Le droit administratif est le droit relatif à l'Administration. Il détermine l'organisation, les pouvoirs et les devoirs des autorités administratives. Lorsque l'organisation politique du pays est très développée, comme en Angleterre, le droit administratif constitue une part importante du droit. Il comprend le droit relatif à la fonction publique, le droit du gouvernement local, le droit relatif aux entreprises nationalisées, et les pouvoirs exercés par ces autorités. Ou, d'un point de vue fonctionnel plutôt qu'institutionnel, on peut dire que cela comprends le droit relatif à la santé publique, droit relatif aux routes, le droit relatif à l'assurance sociale, le droit relatif à l'éducation, et le droit relatif à la fourniture du gaz, de l'eau et de l'électricité. Ce sont seulement des exemples, la liste complète des pouvoirs de l'administration demanderait un long catalogue » (JENNINGS (I.), *The Law and The Constitution*, 5e éd., *op. cit.*, p. 217).

Voir aussi : HOOD PHILLIPS (O.), *Constitutional and Administrative Law*, 3e éd., Sweet and Maxwell, Londres, 1962, 855 pages, p. 34 ; GARNER (J. F.), *Administrative Law*, 1ere éd., *op. cit.*, p. 1 et p. 20 ; DE SMITH (S.A.), *Constitutional and Administrative Law*, 1ere éd., Longman, Londres, 1971, 712 pages, p. 511 ; GRIFFITH (J.A.G), STREET (H.), *Principles of Administrative Law*, 5e éd., Pitman Publishing, Londres, 1973, 331 pages, pp. 1-5 ; JONES (B.L.) et THOMPSON (K.), *Garner's Administrative Law*, 8e éd., Butterworths, Londres, 1996, 577 pages, pp. 4-5 ; CRAIG (P.), « Theory and Values in Public Law : A Response », pp. 23-46, p. 27 in *Law and Administration in Europe, Essays in Honour of Carol Harlow*, sous la dir. de P. Craig et R. Rawlings, OUP, Oxford, 2003 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 478-479.

1296. JONES (B.L.) et THOMPSON (K.), *Garner's Administrative Law*, *op. cit.*, p. 6 ; BELL (J.), « Droit public et droit privé : une nouvelle distinction en droit anglais », *RFDA* 1985, pp. 399-409, p. 401 ; DE SMITH (S.A.) et BRAZIER

la nature des parties présentes au litige, mais par le fait qu'il constitue un corps de règles particulières. La *judicial review* prend une nouvelle dimension ici. Par son développement, et l'exclusivité procédurale affirmée dans les années quatre-vingt, elle a permis l'émergence et la systématisation des règles particulières de contrôle de l'administration[1297]. Lord Diplock l'a particulièrement bien exprimé, au travers de sa décision dans l'affaire *GCHQ*. Les trois grands principes mis en évidence par le juge – illégalité, erreur procédurale et irrationalité – constituent les principes de base du droit administratif. Ces derniers n'ont pas d'équivalents directs en droit privé, bien que certains auteurs soutiennent que certaines analogies existent[1298]. En ce sens, la *judicial review* constitue le cœur du droit administratif. Pour autant, même de ce point de vue, le droit administratif ne se confond pas entièrement avec la *judicial review*. Plusieurs domaines illustrent cette idée.

Il est possible d'identifier la présence de principes de droit public dans le contentieux de la responsabilité des autorités administratives. En principe, les règles de responsabilité ne diffèrent pas selon qu'est en cause l'agissement d'un individu ou d'une autorité publique[1299]. Leur responsabilité est engagée au regard des mêmes « causes ». En cela, il n'y a pas, en Angleterre, de droit public de la responsabilité[1300]. Néanmoins, leur application n'est toutefois pas exactement la même[1301]. Rien d'étonnant, dès lors qu'il est nécessaire de concilier les droits des individus avec les objectifs de

(R.), *Constitutional and Administrative Law*, 7e éd., Penguin Books, Londres, 1994, 778 pages, p. 577 et p. 578 ; Lord Woolf, « Droit public – English style' », *PL* 1995, pp. 57-71, p. 57 ; BEATSON (J.), « 'Public' and 'Private' in English administrative law », *LQR* 1987, pp. 34-65, pp. 35-37.

Denis Galligan en fait même la définition classique du droit administratif. Selon lui, le droit administratif est traditionnellement entendu comme un « corps de principes juridiques, créés par les cours sur le fondement de la tradition et des éléments constitutionnels, et qui sont d'application commune sur tous les pans de l'activité publique ». (GALLIGAN (D.J.), « Judicial review and the textbook writers », *OJLS* 1982, pp. 257-276, p. 258).

1297. FREEDLAND (M.), « The evolving approach to the public/private distinction in English Law », pp. 101-120, p. 105 in *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, sous la dir. de J.-B. Auby et M. Freedland, *op. cit.* ; VARUHAS (J.N.E.), « The Public Interest Conception of Public Law : Its Procedural Origins and Substantive Implications », pp. 45-85 in *Public Law Adjudication in Common Law System, Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell et al., *op. cit*.

1298. Telle est la position notamment défendue par Dawn Oliver, voir : OLIVER (D.), « The Underlying Values of Public and Private Law », pp. 217-242 in *The Province of Administrative Law*, sous la dir. de Michel Taggart,*op. cit.* ; « Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre? », *RIDC* 2001, pp. 327-338 ; *Common Values and the public-Private Divide*, Butterworths, Londres, 1999, 316 pages.

On retrouve aussi cette position chez Carol Harlow : TAGGART (M.), « The Peculiarities of the English' : Resisting the Public/Private Law Distinction », pp. 107-121 in *Law and Administration in Europe, Essays in Honour of Carol Harlow*, sous la dir. de P. Craig et R. Rawlings, *op. cit.*

1299. BELL (J.), « La responsabilité de l'administration en droit anglais : caractéristiques générales, *Torts* et *Compensations* », *RDP* 2014, pp. 691-704, notamment p. 692 pour une affirmation de principe.

1300. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 893-948 ; CANE (P.), « The Constitutional Basis of Judicial Remedies in Public Law », pp. 242-270, notamment pp. 257-260 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizon*s, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit.*

1301. Ce fait était déjà relevé en 1959 par De Smith, affirmant que « comme Dicey l'a justement montré, il n'y a pas de droit de la responsabilité administrative distinct. Il y a, cependant, un certain nombre de règles particulières qui s'appliquent à diverses catégories d'autorités publiques » (DE SMITH (S.A.), J*udicial Review of Administrative Action*, Stevens & Sons, Londres, 1959, 486 pages, p. 12).

l'action administrative. Dans une telle optique, l'application pure et simple des principes de droit privé ne peut permettre une telle conciliation. On retrouve nettement cette idée dans les propos de Peter Cane. L'administrativiste met en évidence que si, en principe, les règles de droit privé s'appliquent, celles-ci peuvent être déformées par le devoir de l'autorité publique de réaliser l'intérêt général. Elle verra alors ses obligations diminuer ou augmenter[1302].

Sans entrer dans les détails ni dans le cas particulier de la Couronne, on peut relever que les juges prennent en compte l'importance du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique pour décider si sa responsabilité quasi-délictuelle peut être mise en cause. Cela n'est possible qu'en présence d'une faute (*tort*). Cette qualification nécessite la réunion de différents éléments. Sans être à elle seule déterminante, est prise en compte la présence d'un pouvoir discrétionnaire fort dans la détermination de l'existence d'un devoir que devait respecter la personne publique. De même, pour éviter l'inflation des condamnations et la sclérose de l'administration, les juges refusent parfois d'engager la responsabilité d'une autorité publique[1303]. Cela a pu faire dire à un juge, Lord Wilberforce, que pour les autorités publiques, « leurs pouvoirs et leurs devoirs sont déterminés en termes de droit public et non de droit privé »[1304].

De plus, un cas de responsabilité pour faute est propre au droit public, il s'agit de la responsabilité pour abus de pouvoir dans l'exercice des fonctions publiques. L'agent peut alors voir sa responsabilité engagée s'il a provoqué, dans l'exercice de sa fonction publique, un préjudice, causé par une action malveillante ou une faute lourde dont il avait conscience[1305]. Ce cas de responsabilité est le seul qui ne tire pas son origine du droit privé.

1302. CANE (P.), *An Introduction to Administrative Law*, 3e éd., *op. cit*., pp. 233-234 ; *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit*., pp. 199-200, pp. 213-218 ; « Public Law and Private Law : A Study of the Analysis and Use of a Legal Concept », pp. 57-78, notamment pp. 71-78 in *Oxford Essays in Jurisprudence,* 3e série, sous la dir. de J. Eekelaar et J. Bell, *op. cit.*
1303. *JD v. East Berkshire Community Health NHS Trust* [2005] 2 AC 373.
Sur la prise en compte du pouvoir discrétionnaire dans l'engagement de la responsabilité de l'administration voir : HARLOW (C.) et DISTEL (M.), « Légalité, illégalité et responsabilité de la puissance publique en Angleterre », *EDCE* 1977-1978, pp. 335-354, notamment pp. 350-354 ; BELL (J.), « Actualité du droit administratif au Royaume-Uni », *EDCE* 1991, pp. 309-320, voir pp. 316-320, et *EDCE* 1995, pp. 557-571, notamment pp. 569-571 ; MARKESINIS (B.) et FEDTKE (J.), « Damages for Negligence of Statutory Bodies : The Empirical and Comparative Dimension to an Unending Debate », *PL* 2007, pp. 299-330 ; HARLOW (C.), « A Punitive Role for Tort Law ? », notamment pp. 258-259 in *Administration Law in a Changing State. Essays in Honour of Mark Aronson*, sous la dir. de L. Pearson, C. Harlow et M. Taggart, Hart Publishing, *op. cit.* ; CANE (P.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit*., pp. 199-221.
Pour une étude complète et récente des cas de responsabilité des autorités publiques, voir : BELL (J.), « La responsabilité de l'administration en droit anglais : caractéristiques générales, *Torts* et *Compensation* », *op. cit.* ; VARUHAS (J.N.E.), « The Public Interest Conception of Public Law : Its Procedural Origins and Substantive Implications », p. 69 in *Public Law Adjudication in Common Law System, Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell, M. Elliott, J. NE Varuhas et P. Murray, *op. cit.* ; TAGGART (M.), « Resisting the Public/Private Law Distinction », pp. 107-121, p. 109, in *Law and Administration in Europe, Essays in Honour of Carol Harlow*, sous la dir. de P. Craig et R. Rawlings, *op. cit.*
1304. Dans l'affaire *Anns v. Merton London Borough Council* ([1978] AC 728, p. 754).
1305. CANE (P.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp 218-219 ; BELL (J.), « La responsabilité de l'administration en droit anglais : caractéristiques générales, *Torts* et *Compensations* », *op. cit*., p. 699 ; ARONSON (M.), « Misfeasance in public office : some unfinished business » *LQR* 2016, pp. 427-444 ; CRAIG (P.), *Administrative Law,* 8e éd., *op. cit.*, pp. 918-923.

Concernant la matière contractuelle, un constat similaire s'impose[1306]. L'idée de départ est la même que pour la responsabilité quasi-délictuelle : les principes du droit ordinaire des contrats s'appliquent aux autorités publiques[1307]. Ainsi, un contrat lie dans les mêmes conditions les parties, que l'une d'elles soit ou non publique. Cependant, la personne publique aura la possibilité, sous certaines conditions, de ne pas exécuter ses obligations contractuelles pour des motifs importants d'intérêt général[1308]. Anne Davies relève trois régimes différents en matière de contrats conclus par des personnes publiques : tout d'abord, un régime classique de droit privé ; ensuite, un régime fondé sur le droit privé, mais ayant subi quelques modifications par le droit public, du fait, de la nécessité de prendre en compte les spécificités de l'action publique ; enfin, un régime de droit public répondant aux problèmes du gouvernement qui ne se posent pas en droit privé[1309]. Ces principes de droit public, s'ils peuvent être appliqués par voie de *judicial review*, peuvent aussi l'être par voie ordinaire[1310]. Le régime général qui s'applique aux contrats du gouvernement a comme objectif de concilier les droits des co-contractants et de la personne publique[1311].

La détermination du champ de la Convention européenne en droit interne anglais renforce encore l'idée d'une césure entre droit administratif et *judicial review*. La définition du domaine de la Convention européenne est opérée par le *Human Rights Act* de 1998. Or, si le champ de ce texte se confond presque entièrement avec celui de la *judicial review*, il ne lui correspond pourtant pas entièrement[1312]. En un mot, la Convention peut être appliquée à une personne publique par une autre voie que la *judicial review*. Un autre élément va dans le même sens : le droit anglais ne connaît pas le système de renvoi préjudiciel. Lorsqu'un procès civil nécessite la résolution d'une question de droit public, cette dernière sera tranchée par le juge au principal, à l'aide des principes de droit public utilisés dans le cadre de la *judicial review*[1313].

Il est nécessaire de préciser que les premières grandes décisions qui ont permis l'émergence du droit administratif anglais dans les années 1960 n'ont pas été rendues au terme de procédures de

1306. De façon générale sur la question des contrats publics en Angleterre, voir : MORRIS (G.S) et FREDMAN (S.S), « Public or private ? State employees and judicial review », *LQR* 1991, pp. 298-316 ; DAVIES (A.C.L.), *The Public Law of Governments Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 343 pages.
1307. CANE (P), *ibid*., p. 224.
1308. CANE (P.), *ibid*., p. 233-234.
1309. DAVIES (A.C.L.), *ibid*, p. 72.
1310. *ibid*, pp. 189-194.
1311. *ibid*., pp. 66-67, pp. 170-172, pp. 176-178, p. 196.
1312. Voir *supra* : Chapitre I, Section III, II, C.
1313. BEATSON (J.), « 'Public' and 'Private' in English administrative law », *LQR* 1987, pp. 34-65, p. 57 ; THOMPSON (K.) et JONES (B.), « Administrative law in the United Kingdom », *op. cit*., pp. 215-216.

prerogative writs, mais par la voie de la déclaration. Il va ainsi de l'affaire *Ridge v. Baldwin*. C'est donc bien la procédure de *judicial review*, réformée en 1977, qui est aujourd'hui au cœur du droit administratif et pas seulement les *prerogative writs*. Si ces derniers ont permis un certain développement du droit public au travers des siècles[1314], ce sont les actions de déclarations et d'injonction qui ont permis le renouveau substantiel du droit administratif.

La *judicial review* a une place particulière, mais non monopolistique dans l'application des principes de droit public. Elle constitue en fait la seule voie de droit public permettant l'application du droit public. C'est cette double coloration publique qui fait d'elle un objet d'étude central en droit anglais, malgré la faiblesse quantitative des décisions rendues.

1314. Lord Woolf, « Droit public – English style' », *PL* 1995, pp. 57-71, p. 59-60.

Section III. Conclusions communes sur le droit administratif

Les développements concernant le droit administratif français et anglais ont mis en lumière certains points dont il faut ici résumer la substance, afin de les mettre en parallèle. Malgré les péripéties qu'a pu connaître le développement d'un droit administratif en Angleterre, il apparaît indéniablement que des convergences apparaissent avec le droit administratif français. En effet, une idéologie commune peut être mise en exergue, démontrant la nécessité d'élaborer un ensemble de règles spécifiques pour encadrer l'activité administrative (I.). Pour autant, et de façon tout aussi indéniable, des différences persistent. Elles aussi peuvent être expliquées par les caractéristiques spécifiques de chacun des systèmes dans lesquels a été développé le droit administratif (II.). En filigrane, ce qui ressort c'est le rôle central des juges tant dans la création, que dans la systématisation du droit administratif. Ils ont également une fonction primordiale en son sein, et par son biais : celle d'assurer une conciliation permanente et sans cesse actualisée des rapports de force pouvant apparaître.

I. Les points de convergence : un droit prétorien construit en réponse au développement de l'action administrative

Il faut retenir qu'en France, comme en Angleterre, l'étude du droit administratif s'est développée sous l'influence de deux facteurs : le développement d'un appareil d'État, disposant de pouvoirs particuliers ; l'émergence d'un contrôle juridictionnel visant à veiller au respect du droit par l'exécutif, ainsi qu'à la protection des droits des individus. En cela, dans les deux pays, le droit administratif est avant tout jurisprudentiel et plutôt libéral, en ce qu'il permet la protection des libertés. Il constitue dans les deux cas une réponse des juges au développement de l'appareil administratif. En effet, comme l'affirmait Jean Morellet, « c'est bien moins la nature des choses que l'évolution historique des institutions qui se trouve, en réalité, à l'origine de la division du droit en droit public et droit privé »[1315].

Dès lors, malgré des idéologies différentes quant à la conception de l'État, de son rôle et quant au traitement à réserver aux organes publics, la France et l'Angleterre, ou plus précisément leurs juges, ont bâti un véritable droit spécifique : un droit administratif, au sens substantiel. Celui-ci n'a pu émerger que par la prise en compte des spécificités de l'action administrative. Elle est

1315. MORELLET (J.), « L'interpénétration du droit public et du droit privé », pp. 137-142, p. 138 in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. III., Sirey, Paris, 1938.

différenciée, si ne n'est opposée à l'action des personnes privées. Les personnes publiques disposent à cette fin de pouvoirs exorbitants qu'il est nécessaire d'encadrer. La prise en compte de cet état de fait à conduit à une autre conclusion : l'inadaptation du droit privé à l'action administrative. Il est évident, cependant, que cette prise de conscience ne s'est pas faite dans les mêmes conditions ni dans la même temporalité. Disposant d'un appareil administratif central et d'un Conseil d'État, la France est parvenue à développer un droit administratif systématisé et complet plus rapidement. À l'inverse, fondée sur le principe de l'égalité promu par Dicey, sur l'absence d'État, au sens juridique mais aussi sur un système plus casuistique, l'Angleterre a développé des solutions propres à l'action administrative plus tardivement. Tout du moins, cela a été accepté et pris en compte plus récemment. Mais ces différences ne font que mettre en exergue la pertinence de l'existence d'un droit administratif à l'heure où les procédés de l'action administrative se calquent de plus en plus sur les modes d'action privés. Soumis à de nouveaux enjeux, économiques ou politiques, le rôle de l'État, et des autorités administratives plus particulièrement, doit s'adapter aux nouvelles perspectives[1316].

Il n'est donc pas nécessaire d'avoir un certain système juridique ou politique en particulier pour voir émerger un droit administratif. Celui-ci repose surtout sur une idée de conciliation entre deux exigences : les nécessités de l'action administrative, motivées par la réalisation de buts qui lui sont propres et qui se différencient des actions privées ; le respect du droit et des droits des individus. Ces deux éléments sont nécessairement affectés par l'action administrative. La substance du droit administratif correspond au « feu orange » de la théorie des feux routiers élaborée en Angleterre. Le rôle particulier assigné à l'administration conduit à la production de règles particulières encadrant son action. C'est pour cela, à notre sens, que le droit administratif doit avant tout se définir comme l'ensemble des règles particulières applicables à l'administration. Ces règles peuvent être, soit inconnues du droit privé, soit une déformation des règles du droit privé « au contact » des exigences particulières que supposent les activités de l'administration. Dès lors, le droit administratif se distingue du droit de l'administration. Si le second correspond à l'ensemble des règles applicables aux personnes publiques, le premier se définit comme l'ensemble des règles particulières, propres aux spécificités administratives. C'est bien là que se niche l'idéologie du droit administratif, tant anglais que français : dans la production et le respect de règles propres à l'action administrative, qui viennent soit la soutenir soit la limiter. Cela explique pourquoi, en France comme en Angleterre, le droit administratif est considéré avant tout dans son acception

1316. D'ALBERTI (M.), « Administrative law and the public regulation of markets in a global age », pp. 63-77 in *Comparative Administrative Law*, sous la dir. de S. Rose-Ackerman et P. L. Lindseth, Edward Elgar, Cheltenham, 2010 668 pages. Dans le même ouvrage, voir AUBY (J.-B), « Contracting out and 'public values' : a theoretical and comparative approach », pp. 511-523.

jurisprudentielle[1317]. Il est une réponse des juges au développement des pouvoirs de l'administration ; les juges l'encadrent, mais peuvent aussi la soutenir. Les propos de William Wade et Christopher Forsyth sont révélateurs. Souhaitant démontrer qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le droit administratif et l'efficacité de l'action administrative, bien au contraire, il souligne qu' « à condition que les juges respectent les limites inhérentes à leur office, le droit administratif et les pouvoirs administratifs devraient être des alliés, non des ennemis »[1318]. On perçoit alors la dichotomie entre les pouvoirs particuliers des autorités publiques et le droit administratif. Mais ces pouvoirs proviennent, majoritairement, d'ailleurs. Ce sont les textes qui les fondent en principe. Cette réalité est cependant bien plus prégnante en Angleterre, puisqu'en France la jurisprudence administrative a joué un rôle non négligeable dans le développement des pouvoirs de l'administration. Le rôle des sources textuelles ne doit pas, dans tous les cas, être ignoré, comme composante du droit administratif.

Quant au recours, que ce soit la *judicial review* ou le recours pour excès de pouvoir, ils ont une place particulière au sein du droit administratif. Ils ont permis la systématisation de ce dernier en Angleterre et en France. Leur rôle dans l'émergence et la mise en lumière de règles particulières applicables à l'activité administrative est indéniable. Aujourd'hui, ils sont la voie juridictionnelle privilégiée pour faire application des principes de droit public. Pour autant, ni l'un ni l'autre ne constitue la seule possibilité d'application du droit administratif. En France, le recours pour excès de pouvoir est concurrencé par le recours de plein contentieux, ainsi que par les recours devant le juge judiciaire. En Angleterre, l'application des principes de droit public peut aussi passer par les voies ordinaires, à titre principal, ou par refus du renvoi préjudiciel. Dès lors, champ des recours et champ du droit administratif, s'ils coïncident largement, ne se confondent pas totalement.

II. Les points de divergence entre les conceptions française et anglaise du droit administratif

Le substrat du droit administratif est commun aux deux pays. Pour autant, trois grandes

1317. En plus des différentes références bibliographiques déjà faites, ajoutons un article révélateur, écrit par Michel Taggart. Questionnant la place du droit administratif dans un système juridique de plus en plus influencé par le droit international, l'auteur expose en premier lieu le « modèle classique » du droit administratif. Celui-ci se constitue en fait du contrôle opéré par la voie de la *judicial review* : TAGGART (M.), « Reinventing Administrative Law », pp. 311-335. in *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, sous la dir. de N. Bamforth et P. Leyland, Hart Publishing, *op. cit*.
Voir aussi LOVELAND (I.), *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights, A Critical Introduction*, 7e éd., *op. cit.* : l'auteur étudie le droit administratif, sous 4 aspects différents, tous contentieux (pp. 443 et s.).
1318. WADE (H.W.R.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, p. 6.

différences, voire des oppositions, apparaissent.

Tout d'abord, il y a une divergence quant au fondement qui justifie l'application du droit administratif. En France, l'administration dispose de pouvoirs particuliers du fait du but qu'elle poursuit, l'intérêt général. En Angleterre, les références à l'intérêt public sont plus rares et, dans tous les cas n'ont pas vocation, à justifier les pouvoirs exorbitants de l'administration dans une mesure similaire à ce qui se fait en France. Le droit administratif se définit et s'étudie rarement en utilisant cette notion[1319]. Il est clair que l'intérêt public est le but de l'action des autorités publiques anglaises, mais pas le fondement de leurs pouvoirs particuliers[1320]. Nous en avons, par exemple, dans le domaine contractuel, que l'intérêt public et l'intérêt du public ne sont pas écartés. Bien au contraire d'ailleurs, les juges ont pu ouvrir la *judicial review* au motif que le public avait intérêt à ce que l'action administrative respecte ses obligations de droit public[1321]. Mais, l'intérêt public justifie plus l'octroi du recours et la soumission au droit qu'il ne fonde les pouvoirs particuliers de la personne publique. En cela, il a une dimension surtout contentieuse. Cela vient au soutien de l'idée que la *judicial review* est avant tout une procédure de droit public, dessinée pour prendre en compte et protéger, dans une certaine mesure, l'action administrative. La notion d'intérêt public a fait l'objet d'un article récent de Jason Varuhas[1322]. Ce travail est relativement isolé, la doctrine s'intéressant assez peu à cette problématique. L'auteur met en évidence que le droit public se fonde sur la protection de l'intérêt public. Il est le but de l'action administrative et justifie l'octroi de pouvoirs particuliers aux personnes publiques par le Parlement[1323]. Cette affirmation est indéniable.

1319. Pour des exemples d'études ou de définitions du droit administratif sans référence à l'intérêt public : ALLEN (C.K.), « Some Aspects of Administrative Law », *JSPTL* 1929, pp. 10-22 ; SCHWARTZ (B.), *French Administrative Law and The Common – Law World*, *op. cit.*, pp. 1-18 ; FLOGAITIS (S.), *Administrative Law et droit administratif*, *op. cit* ; LEYLAND (P.) et ANTHONY (G.), *Textbook on Administrative Law*, 7e éd., Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 1-13 ; WADE (H.W.R.) et FORSYTH (C.F.), *Administrative Law*, 11e éd., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 4-5 ; ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., Oxford University Press, Oxford, 2015, 650 pages ; CRAIG (P.), *Administrative Law,* 8e éd., *op. cit.*, pp. 1-34.
Il est, à ce titre, révélateur de constater que lorsqu'ils exposent leur théorie du « feu vert » et du « feu rouge », Carol Harlow et Richard Rawlings ne traitent pas de l'intérêt public. La seule mention qui apparaît dans leur développement concerne la théorie de Duguit, qui a influencé les tenants de la *London School of Economics*. (*op. cit.*, p. 34).
1320. VARUHAS (JNE.), « Against Unification », pp. 91-131 in *The Scope and Intensity of Substantive Review, Traversing Taggart's Rainbow*, sous la dir. de H. Wilberg et M. Elliott, Hart Publishing, Oxford, 2015 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law,* 3e éd., *op. cit*., pp. 383-384.
1321. Voir *supra* : Chapitre I, Section II, II, B, 2.
1322. VARUHAS (J.NE.), « The Public Interest Conception of Public Law : Its Procedural Origins and Substantive Implications », pp. 45-85 in *Public Law Adjudication in Common Law System, Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell et al., *op. cit*. Voir pour de multiples références à l'intérêt public, et notamment comme notion justifiant que l'action administrative soit traitée de façon particulière par les juges : VARUHAS (JNE.), « Against Unification », *op. cit*.
Pour un point de vue similaire à celui de l'auteur, voir : CANE (P.), « Public Law and Private Law : A Study of the Analysis and Use of a Legal Concept », pp. 57-78, notamment pp. 63-63, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, 3e série, sous la dir. de J. Eekelaar et J. Bell, *op. cit.* ; *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, p. 6, pp. 145-146 ; TAGGART (M.), « Resisting the Public/Private Law Distinction », pp. 107-121, notamment pp. 109-112, in *Law and Administration in Europe, Essays in Honour of Carol Harlow*, sous la dir. de P. Craig et R. Rawlings, *op. cit.*
1323. *ibid*., pp. 47-53. Voir également : VARUHAS (J.NE), « Against Unification », *op. cit.*, notamment p. 93 et p. 105.

Cependant, il est symptomatique de constater que l'auteur apprécie le rôle de l'intérêt public par le prisme de son impact sur le contrôle juridictionnel. En effet, il cite de nombreux textes et décisions de justice faisant référence, et utilisant cette notion. Mais, ici, l'intérêt public joue comme régulateur du rôle des juges, plus que comme fondement du droit administratif. Il en va ainsi de la prise en compte de cet intérêt par les juges pour refuser un *remedy*, la permission de faire une *judicial review* ou bien encore pour définir l'intérêt à agir[1324]. À ce titre, la récente réforme introduite par la section 84 du *Criminal Justice and Courts Act* de 2015 est topique[1325]. Cette loi a pour ambition de limiter le pouvoir des juges dans l'octroi, d'une part de la permission de faire une *judicial review* et, d'autre part des *remedies*. Les juges ne peuvent y faire droit seulement lorsque l'illégalité est telle qu'elle a pu avoir un effet sur la substance de l'acte. Toutefois, elle prévoit qu'une telle limitation ne joue pas en cas « d'intérêt public exceptionnel »[1326]. En somme, comme le reflète l'article de l'auteur, ainsi que les règles anciennes concernant la *judicial review*[1327], la prise en compte de l'intérêt public dans l'office des juges se fait en lien avec la protection de la bonne administration[1328]. Comme il l'affirme dans un autre article : « la fonction première de la révision sur le fondement de la common law (*common law review*) est de veiller à ce que les pouvoirs des organes publics soient exercés correctement – c'est-à-dire, en accord avec les principes impératifs de bonne administration – et dans l'intérêt public ; une autre façon de dire cela est de considérer que le rôle premier de la révision sur le fondement de common law est de veiller à ce que les pouvoirs des organes publics ne soient

1324. *ibid*., pp. 47-69. Notons d'ailleurs que certaines requêtes peuvent être qualifiées par les juges de « requête dans l'intérêt public ». Dans ce cas, le requérant n'a pas à justifier d'un intérêt personnel pour que la *judicial review* lui soit permise. C'est l'objet, particulièrement fondamental du recours, qui justifie que la question posée soit tranchée : WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 83-84.
L'intérêt public se retrouve aussi lorsqu'est abordée la question de la communication d'informations sensibles. Il y a ici mise en balance de l'intérêt public dans la communication des informations avec l'intérêt public consistant à protéger la sécurité nationale, par exemple : WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *ibid.,* pp. 444-451 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 385-409.
1325. Cette loi vient réformer la section 31 du *Supreme Court Act (Senior Courts Act)* de 1981.
1326. Section 84 (1) (2B) (pour l'octroi des remèdes) ; section 84 (2) (3E) (pour la permission de faire une *judicial review*).
1327. Dès 1981, le *Supreme Court Act* prévoyait que si le requérant opérait un recours dans un délai anormal, alors la Cour pouvait refuser la permission ou les remèdes, si cela pouvait causer un préjudice à la bonne administration (section 31 (6).
1328. Nous renvoyons ici à l'article dans son ensemble : VARUHAS (J.NE), « Against Unification », *op. cit*. En particulier, cette idée se retrouve clairement exprimée pp. 45-46, p. 52, p. 53 et p. 64.
Voir aussi : ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law,* 5e éd., *op. cit*., p. 1. Il y est affirmé ainsi que « « il y a peu de doute que le but principal du droit administratif est de promouvoir la bonne administration. Par exemple, les organes administratifs doivent agir de façon efficace et honnête afin de promouvoir le bien public (*public good*) : elles doivent écouter les individus touchés par leurs décisions, prendre en compte leur point de vue ; et elles doivent agir de façon juste, transparente et impartiale, en cherchant toujours à accomplir l'intérêt public tout en respectant aussi les droits des individus ».
Voir aussi, pour une idée similaire, mais sans référence au principe de bonne administration : WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *ibid.*, pp. 904-906 ; CANE (P.), « Theory and Values in Public Law », pp. 3-21, notamment p. 16 in *Law and Administration in Europe, Essays in Honour of Carol Harlow*, sous la dir. de P. Craig et R. Rawlings, *op. cit.*.

pas utilisés de façon détournée ou abusive »[1329]. Si l'intérêt public est donc fondamental dans l'étude du rôle des juges dans le contrôle de l'administration, nous y reviendrons, il n'est en rien comparable au rôle que joue l'intérêt général en France. Cela d'autant plus, qu'en Angleterre, l'intérêt public n'est pas étudié en tant que tel, il n'a pas de définition. À la différence de la France, il ne constitue pas un sujet d'étude[1330].

La prise en compte de l'intérêt général comme justification des pouvoirs de l'administration passe avant tout par le biais de la loi. Le Parlement lui octroie des pouvoirs particuliers, afin qu'elle agisse dans un but considéré d'intérêt public. Plusieurs raisons justifient une telle approche. En premier lieu, le système juridique anglais repose tout entier sur la souveraineté parlementaire. Les pouvoirs des autorités publiques découlent, majoritairement, de la volonté du Parlement[1331]. En doctrine, comme en jurisprudence, l'accent est alors mis sur cet aspect. En second lieu, nous l'avons vu, si l'intérêt général est au cœur de notions en France comme celle de service public, il en va autrement en Angleterre. L'intérêt public n'est pas présent dans la définition de la « fonction publique » ou des « éléments de droit public ». Troisièmement, le droit administratif est avant tout considéré comme un droit de limites pour l'action administrative. Œuvre des juges, il en reflète la mission principale. Celle-ci n'est pas de soutenir l'action publique, mais de la limiter, en veillant tant au respect de la loi qu'à la protection des droits. En développant le droit administratif, les juges ont surtout veillé à cela. Or, les droits des individus constituent autant de barrières à la réalisation de l'intérêt public. De même, les juges veillent aussi au respect de la loi, surtout dans l'optique de garantir le respect de la volonté du Parlement, non la réalisation de l'intérêt public. En définitive, le droit administratif, conçu ainsi, ne peut pas faire une place centrale à cette notion. En dernier lieu, il ne faut jamais écarter le peu d'appétence que les juristes anglais ont pour les constructions théoriques, surtout dans un domaine aussi concret que celui-ci. Cela conduit la doctrine à porter peu d'intérêt à des notions aussi insaisissables que celle-ci.

Il est toutefois possible de tempérer quelque peu ces affirmations. Le développement d'une responsabilité « particulière » de l'administration par la prise en compte de l'intérêt général se fait jour en Angleterre, nous l'avons vu. Dans le domaine contractuel, la doctrine appelle de plus en plus

1329. VARUHAS (JNE.), « Against Unification », voir p. 101 in *The Scope and Intensity of Substantive Review. Traversing Taggart's Rainbow*, sous la dir. de H. Wilberg et M. Elliott, *op. cit*. L'expression « révision sur le fondement de la common law » renvoie aux cas d'ouverture classiques de la *judicial review*, par opposition, dans cet article, aux éléments contrôlés par les juges en vertu du *Human Rights Act*, et découlant donc de la Convention européenne des droits de l'Homme.

1330. Voir par exemple, pour une étude récente de l'intérêt général : COQ (V.), *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, thèse, L'Harmattan, Paris, 2015, 659 pages. Les développements mettent en évidence la place fondamentale de cette notion et de son étude en France (voir plus précisément, pp. 441-452).

1331. Nous avons vu que les autorités publiques ont trois sources de pouvoir : la loi, la prérogative royale (pour les agents de la Couronne), et la *common law*. La loi reste quantitativement la source première de ces pouvoirs.

à une prise croissante de l'intérêt public pour y développer plus fortement le droit administratif[1332]. De même, il est parfois pris en compte pour déterminer si une autorité doit être soumise au *Human Rights Act*. Tel est le cas dans l'affaire *Aston Cantlow*, déjà étudiée[1333]. Selon les juges, le conseil des églises paroissiales ne peut pas être considéré comme étant une « autorité publique en soi » ou comme exerçant une « fonction publique ». Ils relèvent notamment que cet organe « agit dans un intérêt sectoriel, non pas public »[1334] et cela, alors même qu'il détient ses pouvoirs et sa mission de la loi[1335]. L'intérêt public peut ainsi être pris en compte dans la définition du champ du *Human Rights Act*. Ici, c'est son absence qui est relevée. À propos plus spécifiquement de la *judicial review*, on retrouve encore la notion dans le jugement de Lord Donaldson concernant l'affaire *Datafin*. Le Lord reconnaît que cet organe d'auto-régulation de la City agit dans l'intérêt public[1336]. Mais, il ne pose cette affirmation qu'une seule et unique fois, en début de jugement. L'intérêt public ne fait pas partie, expressément, des critères pris en compte dans la détermination du champ de la *judicial review*. Celui-ci n'est, ainsi, évidemment pas exclu du droit administratif, de sa logique et des explications qui entourent sa naissance. Encore une fois, il est le but de l'action administrative. Mais, son rôle n'est pas comparable à celui qu'il joue en France.

Ensuite, le rôle des juges diffère quelque peu. En France, il est assez facilement admis que le rôle de conciliation, inhérent au droit administratif, est la mission du juge administratif. En revanche, en Angleterre, le rôle des juges est plus univoque. Ils veillent au respect de la volonté du Parlement, nous venons de le dire. Mais, c'est par la protection des droits des individus que c'est véritablement développé leur contrôle. Cela ressort de la conception du rôle des juges, propre à chaque pays. Comme nous l'avons mis en évidence, les juges anglais, contrôlant l'administration par voie de *judicial review*, agissent comme de « vrais » juges. Ils expriment l'utilisation pleine et entière d'une fonction judiciaire. Il n'est pas étonnant de voir que les tenants d'une conception « feu rouge » privilégient le contrôle juridictionnel. Indépendants de l'administration, les juges sont les mieux à même de garantir les droits contre une administration toute puissante. À l'inverse, en France, le juge administratif, par le biais du recours pour excès de pouvoir, exprime, pour une partie importante, une fonction administrative. Dès lors, il se trouve plus sensible aux nécessités de l'action administrative[1337]. Il est pertinent de mettre cela en lien avec ce qui vient d'être dit sur

1332. DAVIES (A.), « Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ? », *RFDA* 2006, pp. 1039-1047.
1333. *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v. Wallbank* [2004] 1 AC 546.
1334. [86] (Lord Hobhouse).
1335. *Chancel Repairs Act* de 1932 octroie le pouvoir aux conseils des églises paroissiales d'ordonner aux propriétaires de biens cultuels de les réparer à leurs frais.
1336. *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Datafin Plc*. [1987] QB 815, p. 827.
1337. Voir l'introduction : IV, A, 2.

l'intérêt public. En France, le juge sera plus à même de le prendre en compte pour fonder un pouvoir et une action administrative, et ce, sans nier qu'il en constitue aussi les limites ; en Angleterre, les juges étant plus tournés vers le respect du droit et des droits par les personnes publiques, l'intérêt public viendra plutôt justifier cette mission.

Pour autant, il est nécessaire, là encore, de ne pas être excessif. Comme nous l'avons vu, le XIXe siècle a été le lieu d'une juridictionnalisation importante du Conseil d'État. De plus en plus, le juge administratif en France se tourne vers la protection des droits des individus. De même, les juges anglais entrent de façon croissante dans une fonction de conciliation, en prenant en compte les nécessités administratives. Nous en avons vu un exemple avec la qualification d'un comportement de la personne publique comme étant fautif. La différence réside surtout dans le poids accordé à chaque élément par les juges. En France, comme en Angleterre, le rôle des juges est multidimensionnel, que ce soit dans le recours pour excès de pouvoir ou dans la *judicial review.*

Enfin, le cloisonnement entre droit administratif et droit privé est moins fort en Angleterre. N'ayant pas été marquée par la dualité juridictionnelle, et y étant farouchement opposée, elle use de nombreuses passerelles entre ces deux mondes loin d'être clos. L'absence de renvoi préjudiciel en est un exemple. La souplesse procédurale introduite par la réforme du *Civil Procedure Rules* entrée en vigueur en 2000 le démontre aussi[1338]. Une demande qui aurait été introduite par la mauvaise voie n'est pas condamnée pour autant. Les transferts de la *judicial review* vers une procédure ordinaire, ou inversement, sont toujours possibles, sous condition du respect des délais. En France, la rigidité de la distinction est aussi à nuancer, bien évidemment[1339]. D'un point de vue contentieux, mais aussi doctrinal, droit administratif et droit privé y sont bien plus opposés strictement qu'en Angleterre.

1338. Partie 30.5 du CPR. Voir BOYRON (S.), « La *summa divisio* vue d'outre-Manche », pp. 121-136, p. 130 in *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?* sous la dir. de B. Bonnet et P. Deumier, Dalloz, Paris, 2010.
1339. TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau et a*., rec. 698, GAJA 21e éd., n°111.

Conclusion du chapitre II

La spécificité du droit administratif n'est plus à démontrer. Nous l'avons vu, ses particularités sont multiples, tant en France qu'en Angleterre. Ses origines, son mode d'élaboration, son objet sont autant d'éléments qui font du droit administratif un droit à part. Cette conclusion est renforcée par la dimension comparative de notre étude. Les systèmes juridiques étudiés ici, leurs histoires, idéologies et leurs organisations sont très différents. Pourtant, dans les deux cas, un droit administratif a émergé, comme réponse des juges aux développements de l'action administrative. Il n'est bien sûr pas possible d'en tirer une conclusion générale dépassant le cadre de ses deux pays. Mais cela renforce l'idée que les États dont l'action administrative s'est développée à un certain point ont besoin d'un droit administratif.

À ce premier constat, peut s'en ajouter un second. La prise en compte des individus met au cœur du droit administratif la nécessité de concilier des exigences contraires. Ce point est fondamental et doit être gardé à l'esprit pour la suite de notre recherche. La méthode utilisée par les juges pour contrôler l'administration est le reflet de cette conciliation. Tout repose sur la recherche permanente d'un équilibre entre respect du droit, protection des droits et efficacité de l'action administrative. Ses trois données constituent le socle du contrôle des juges, contrôle qui est réalisé par une mise en balance de ses trois éléments.

Conclusion du Titre I

Les juges français et anglais ont un rôle particulièrement actif dans le développement des outils de contrôle de l'administration. Que ce soit en déterminant le champ des recours ou en faisant émerger un *corpus* de règles particulières, ils se montrent particulièrement enclins à se doter des moyens nécessaires pour exercer une surveillance efficace et adaptée de l'action administrative. Même si le juge anglais a semblé un temps en retard sur son homologue français, il a depuis lors su s'adapter aux défis qu'a fait naître le développement de l'activité étatique. Le rôle central joué par les juges des deux côtés de la Manche ne peut étonner : ils sont en directement confrontés aux problèmes concrets de la résolution de litiges mettant en jeu des intérêts particuliers. Ils peuvent ainsi y répondre de façon adaptée, mais également faire évoluer leurs solutions afin de les adapter aux changements que peut connaître l'action administrative. C'est bien cette mission particulière qui a rendu nécessaire l'émergence d'outils particuliers.

Mais, la nécessité, si elle peut expliquer ce rôle actif, ne suffit pas entièrement à en assurer la justification. En effet, malgré l'utilité d'un développement jurisprudentiel de ces moyens de contrôle de l'activité administrative, il est nécessaire de les inscrire au sein de chaque ordre juridique. En filigrane, c'est la question de la légitimité de ces développements qui se posent, et de leur cohérence vis-à-vis des principes structurants fondamentaux de chaque ordre. Important, le rôle des juges n'est pas indépendant de son contexte ; il doit alors s'inscrire en son sein. Cela passe par une définition claire de la mission que les juges se doivent de remplir.

Titre II. Le rôle légitime des juges : le respect du principe de légalité comme fonction légitimante

Le rôle assigné aux juges français et anglais, quel qu'il soit, se doit de reposer sur des fondements précis et solides. Afin de développer leur contrôle, ceux-ci doivent pouvoir s'inscrire au sein du système juridique auquel ils appartiennent. Le développement d'un droit particulier par les juges ne peut se faire sans cadre. Ils ne peuvent tirer leur légitimité d'eux-mêmes. L'appel à des principes supérieurs se révèle alors indispensable.

Il est ainsi classique d'affirmer que le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* sont des recours en légalité[1340]. Cette affirmation a de multiples implications. Le principe de légalité constitue le reflet du système juridique dans lequel il opère. Il traduit à la fois l'importance de la loi, acte de volonté du Parlement, et la soumission de l'administration à celle-ci. Dès lors, dire des juges qu'ils sont les garants de la légalité, c'est leur assigner un rôle précis. Ils doivent se mettre au service du Parlement et veiller au respect de sa volonté par l'administration. Leur mission a une forte connotation constitutionnelle en ce qu'elle apparaît comme un point d'équilibre entre les pouvoirs. De ce fait, les juges se trouvent légitimés. Ils n'agissent pas par leur propre volonté. Ils ne sont pas coupés du contexte dans lequel ils se meuvent.

Toutefois, le principe de légalité ne peut être considéré comme un blanc-seing. Fondement, il constitue aussi une limite à leur contrôle. Ils ne peuvent dépasser son cadre. Comparés à d'autres voies de droit existant dans leur système juridique respectif, le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* sont principalement définis par cette restriction. Elle est inhérente à la mission des juges. En cela, ils sont aussi soumis à ce principe.

Ce dernier a donc une double facette. Il octroie un pouvoir, une compétence, à l'administration. Le juge, qu'il soit anglais ou français, veille à que l'action administrative ne déborde pas du cadre fixé par le législateur. Le rôle des juges revient alors à définir la compétence des autorités publiques, sans empiéter dessus. Au-delà, ces derniers iraient contre la loi et feraient acte d'administration. En opérant ainsi, les juges définissent également, pour eux-mêmes, ce qu'ils peuvent faire ou ne pas faire.

Ces éléments démontrent que recours pour excès de pouvoir et *judicial review* reposent sur des bases, non pas identiques, mais similaires. Il en découle des points communs qu'une étude

1340. Voir l'introduction.

comparée peut mettre en évidence. Ce passage par une vision classique ou traditionnelle est important en ce qu'il illustre les composantes essentielles de l'office de chaque juge. Des évolutions importantes ont eu lieu, et nous en ferons état. Mais, afin d'en mesurer encore plus la portée, il faut revenir un temps à ce qui constitue le point de départ des recours. Notamment, cela permettra de mettre en évidence que la conception que chaque juge se fait de son rôle est d'une remarquable similitude. Protégés par la légitimité du principe de légalité, ils ont pu fixer eux-mêmes les limites à leur propre intervention. Nombreuses sont les frontières et les notions qui apparaissent mouvantes. Pour autant, c'est toujours dans le cadre restreint du principe de légalité qu'ils agissent. Leur rôle doit alors toujours y être ramené (Chapitre I.). À tel point d'ailleurs que le contrôle que les juges opèrent, ainsi que les recours par lesquels ils agissent, sont empreints de ce fondement. Les moyens qu'ils utilisent et la façon dont sont conçus les recours sont tournés vers ce qui constitue leur mission première : veiller au respect de la légalité (Chapitre II.).

Chapitre I. La recherche d'un fondement au rôle des juges dans le respect de la volonté du Parlement

La recherche d'une légitimité dans le contrôle du juge de l'excès de pouvoir passe par l'affirmation de son lien avec le principe de légalité. Ce dernier a l'avantage de pouvoir englober des réalités différentes. En cela, le recours pour excès de pouvoir peut toujours y être ramené. Il constitue à ce titre une base solide, mais souple. Certains auteurs ont cependant pu émettre des critiques quant à une extension de son sens. Telle est la position notamment de Charles Eisenmann[1341] . L'auteur établit en premier lieu l'existence de deux définitions du principe de légalité : une conception restrictive qui se limite à la proposition selon laquelle « l'Administration doit respecter les règles posées par le législateur ; les lois, la loi l'obligent »[1342]; une conception extensive qui permet au principe de légalité d'englober la loi, mais aussi les règlements, les traités internationaux, la jurisprudence et la coutume. En ce qui le concerne, l'auteur « opte sans hésitation pour la première, la plus restrictive »[1343]. Cependant, il admet que l'administration n'est pas pour autant soumise seulement à la loi[1344]. Cette dernière affirmation est d'importance. Que le juge de l'excès de pouvoir soit le garant de la bonne application de la loi par l'administration, ou du droit, son rôle n'est pas identique. L'inflation normative et le développement des sources de droit conduisent à renouveler le rôle du juge de l'excès de pouvoir[1345]. Nous verrons cela par la suite.

La recherche d'une légitimité au contrôle des juges est passée en Angleterre par l'inscription de la *judicial review* dans un contexte constitutionnel déterminé. Sur ce point, les débats sont d'une richesse particulière, dont il faut rendre compte ici. La doctrine a souhaité faire émerger un modèle compréhensif et cohérent au sein du droit public. À cette fin, il était nécessaire de définir le rôle des juges par rapport aux grands principes juridiques, au premier rang desquels se trouve la souveraineté du Parlement. La question du contrôle de l'action administrative par les juges soulève une certaine crainte : celle d'un conflit entre les juges et le Gouvernement. Tout l'enjeu a été de rendre nul ce risque ou, tout du moins, de le minimiser. Il fallait ainsi définir la sphère propre de compétence de chacun de ces deux pouvoirs. Bien évidemment, cela ne pouvait se faire qu'en référence à un principe supérieur et structurant de l'ordre juridique. Or, s'il est un élément constant

1341. EISENMANN (C.), « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE* 1957, pp. 25-40, notamment pp. 26-29.
1342. *ibid*., p. 27.
1343. *idem*.
1344. *ibid*., p. 29.
1345. Il ne nous semble toutefois pas impossible dans ce cadre de parler encore de contrôler de légalité, ce terme pouvant être entendu *lato sensu* pour y inclure d'autres normes que la seule loi.

de cet ordre depuis le XVIIe siècle c'est la souveraineté du Parlement. En cela, il est facilement admis qu'il constitue le premier principe constitutionnel anglais, non d'un point de vue historique, mais en terme d'importance politique et juridique. En effet, « le principe de la souveraineté du Parlement est un principe de valeur constitutionnelle. Il constitue même le principe constitutionnel par excellence »[1346]. Le rôle des juges ne peut être défini qu'en s'y référant. Cela a deux implications importantes. D'une part, la *judicial review*, instrument juridictionnel principal de contrôle de l'action administrative, ne peut exister que sur le fondement de la souveraineté parlementaire. D'autre part, elle ne doit pas contrevenir à la volonté du Parlement.

Il ressort deux éléments de ces considérations générales. Le respect de la volonté du Parlement, inscrite et retranscrite dans la loi, constitue le fondement du rôle des juges de l'excès de pouvoir et de *judicial review*. Il permet en cela de légitimer leur action. En cela, ils apparaissent comme des agents du législateur (Section I.). Mais, et c'est l'autre face de cette idée, il en constitue également la limite. Si les juges reçoivent une forme tacite d'approbation provenant du souverain lorsqu'ils font respecter la loi, en dehors leur action est vue avec méfiance. Il en découle des limites clairement affirmées, mais néanmoins mouvantes, car en partie dépendante de la volonté même des juges (Section II.).

1346. HAGUENAU (C.), « Le domaine de la loi en droit français et en droit anglais », *RFDC* 1995, pp. 247-285, p. 258.

Section I. Le respect de la loi comme moyen premier de légitimation

La notion même d'excès de pouvoir en France renvoie à la mission première des juges : censurer tout « dépassement », tout franchissement des limites, par une administration dans l'utilisation de ses prérogatives. Elle met au cœur de l'office des juges le respect de la loi, acte du Parlement dont la souveraineté a grandement influencé la formation du contrôle juridictionnel. Il faut toutefois relever que, sur ce point, le consensus règne en France. Cette affirmation ne donne pas lieux à débats, et se situe dans l'ordre de la constatation classique (I.).

Il en va différemment pour la *judicial review*. La nécessité de lier le contrôle avec la souveraineté Parlement a une force particulière. C'est que l'importance du Parlement y est bien plus grande qu'en France, ce à quoi s'ajoute une méfiance politique plus forte envers un contrôle juridictionnel de plus en plus développé. La légitimation a des enjeux bien plus importants. Elle passe par la mise en lumière de la base de la *judicial review* : l'*ultra vires*. Cette locution latine peut se traduire par l'expression « excès de pouvoir » ; ou de décision prise « au delà des pouvoirs »[1347]. Il faut toutefois se méfier de la ressemblance apparente avec la notion de recours pour excès de pouvoir. Si la sémantique est similaire, elle ne recouvre pas exactement la même idée. Certes, et on le verra, la logique du contrôle même est très proche : il s'agit de sanctionner un acte pris en violation du droit, et de la loi en particulier. Bien plus, la *judicial review*, comme le recours pour excès de pouvoir à ses débuts, repose principalement sur la sanction des incompétences. Cependant, là où le second a su dépasser cette originelle, la seconde a obligé le juge à développer son contrôle en étendant la notion de « compétence ». Au-delà de cette première différence, l'*ultra vires* renvoie plus précisément au rôle que l'on assigne aux juges anglais. En cela, la notion d'« *ultra vires* » a une connotation bien plus forte qu'en France, où l'idée d' « excès de pouvoir » pouvait expliquer la nature du contrôle exercé seulement pendant une partie du XIXe siècle. La notion française est essentiellement descriptive du rôle des juges. L'*ultra vires* va plus loin que cela. Elle ne décrit pas seulement ce que font les juges, c'est-à-dire sanctionner les illégalités. Elle rattache cette mission à

1347. NEVILLE BROWN (L.) et BELL (J.), *French Administrative Law*, 10e éd., Clarendon Press, Oxford, 1998, 305 pages, pp. 214-215.
Dahl's Law Dictionary/Dictionnaire juridique Dahl, 3e éd., sous la dir. de H. S. Dahl, Dalloz, Paris, 2007, p. 668 ; *Black's Law Dictionary*, 4e éd., sous la dir. de B. Garner, West Publishing, Saint-Paul, format poche, 2011, p. 785 ; *Black's Law Dictionary*, 6e éd., sous la dir. de J. Nolan et J. Nohan-Haleyn West Publishing, St-Paul, 1990, p. 1522.
Le terme latin « *ultra* » renvoie à ce qui est au-delà, et le terme « *vires* », pluriel de « *vis* » au pouvoir (*Dictionnaire Gaffiot, Latin-Français*, 1934, p. 1623 et p. 1683).
La notion apparaît assez tardivement en droit anglais. Stephen Sedley affirme que la première occurrence dans un recueil judiciaire anglais proviendrait d'un cas réglé en 1813 (*Montgomery v. Charteris* (1813) 2 Dow. 90), sous l'influence d'avocats écossais. Les avocats anglais se seraient appropriés l'expression par la suite, jusqu'à sa consécration dans un jugement anglais en 1842, déjà dans son acception constitutionnelle (*Ferguson v. Earl of Kinnoull* (1842) 9 Cl. & F. 251, p. 311 (Lord Campbell)). Voir : SEDLEY (S.), *Lions Under the Throne. Essays on the History of English Public Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, 295 pages, pp. 157-158.

un principe supérieur : celui de souveraineté du Parlement. L'*ultra vires* a, à la fois, une dimension descriptive, très semblable à celle de la France, mais également une dimension normative, en ce qu'elle légitime constitutionnellement le contrôle opéré (II.).

I. Le principe de légalité, objet du recours pour excès de pouvoir

Le respect du principe de légalité caractérise autant le recours pour excès de pouvoir d'hier que d'aujourd'hui. Il est ainsi logique de retrouver cette affirmation dans chacune des études qui lui sont consacrées (A.). Il trouve alors un renfort dans une théorie qui marquera la IIIe République : l'État légal. Celle-ci permet de justifier le développement du contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Ce dernier contribuera, par là même, à l'affermissement de cette théorie (B.).

A. L'affirmation en doctrine : une qualification non démentie

Tant la doctrine ancienne que les auteurs contemporains mettent en évidence cette caractéristique[1348]. Edouard Laferrière pouvait ainsi commencer ses développements concernant le recours en cassation et le recours pour excès de pouvoir en affirmant qu'ils « ne peuvent être fondés que sur l'illégalité des décisions, non sur les erreurs de fait ou d'appréciation dont elles seraient entachées »[1349]. Léon Duguit présentait le recours pour excès de pouvoir comme le recours qui « tend à l'annulation pour violation de la loi ou des règlements des actes émanés des diverses autorités administratives »[1350]. Maurice Hauriou, quant à lui, en faisait « l'œil vivant de la légalité allant inspecter les recoins les plus sombres de l'administration »[1351]. Dans la même veine, Rivero fait aussi de la légalité l'objet unique du recours pour excès de pouvoir[1352], tout comme Gaston Jèze[1353]. À la fin des années quatre-vingt, Serge Velley relève que sa « fonction spécifique réside dans la vérification de la légalité des actes administratifs »[1354].

1348. Pour une étude historique du principe de légalité, voir : VELLEY (S.), *Les origines du principe de légalité en droit public français*, thèse, dactyl., Paris, 1988, 437 pages.
1349. LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e ed., t. I, *op. cit.*, p. 394.
1350. DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. II, éd. Brocard, Paris, 1928, 888 pages, p. 495.
1351. HARIOU (M.), « Droit administratif », *Répertoire Becquet*, t. XIV, 1897, pp. 1-28, p. 13.
1352. RIVERO (J.), *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 1ere éd., 1960, ré-édition 2011, 550 pages, pp. 197-198 ; *Droit administratif*, 10e éd., 1983, Dalloz, Paris, pp. 242-243.
1353. En particulier, voir sa note sous les arrêts *Lafage* et *Schlemmer* (CE, 8 mars 1912, *Lafage* et *Schlemmer* (2 espèces), rec. 348 ; GAJA 21e éd., n°22 ; *RDP* 1912, pp. 266-294, notamment p. 278).
1354. VELLEY (S.), *ibid.*, p. 308.

Plus récemment, René Chapus en a fait « la voie de droit par laquelle est demandée au juge l'annulation d'un acte administratif, en raison de l'illégalité dont il serait entaché »[1355]. Hélène Lepetit-Collin relève encore qu' « à la différence du recours pour excès de pouvoir, le juge de plein contentieux objectif ne se limite pas à l'examen de la légalité d'un acte administratif »[1356]. C'est bien qu'*a contrario*, le recours pour excès de pouvoir porte sur une question de légalité. Florent Blanco relève que le recours pour excès de pouvoir « permet la pleine soumission de l'action administrative au principe de légalité. L'office du juge est essentiellement tourné vers cette fonction de contrôle, qui consiste à s'assurer que l'administration est restée dans les bornes de la légalité »[1357]. Jean Waline, quant à lui, en fait un recours véritablement particulier. Il est « la seule voie de droit permettant aux administrés d'obtenir l'annulation de toute décision exécutoire entachée d'illégalité. […] Il constitue, par excellence, la sanction du principe de légalité »[1358]. C'est avec un esprit plus critique que Antoine Claeys résume ainsi la situation : « la représentation traditionnelle de l'administré saisissant le juge de l'excès de pouvoir est, en effet, celle d'un auxiliaire du juge qui poursuivrait comme but principal le redressement de la légalité méconnue. Le but de l'action serait ainsi assimilé à l'objet du recours pour excès de pouvoir et se résumerait dans l'attachement de l'administré au respect de la légalité »[1359]. Sans l'ombre d'un doute, le respect de la légalité constitue la mission première du juge de l'excès de pouvoir, lui conférant ainsi un rôle légitime.

B. Le juge de l'excès de pouvoir, garant légitime de l'État légal

Grâce à ces évolutions, le juge pourra contrôler la compatibilité et la conformité des actes administratifs par rapport aux lois[1360]. La logique est claire : la loi fixe des limites à l'administration ; il revient au juge de l'excès de pouvoir de veiller à ce qu'elles ne soient pas franchies. Cette perspective est d'autant plus remarquable qu'elle porte alors sur les actes de pure administration. Exprimant le pouvoir discrétionnaire de l'administration, ils n'admettent pas, en principe, de contrôle juridictionnel[1361]. C'est en cela que le développement du recours pour excès de

1355. CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, p. 786.
1356. LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, thèse, LGDJ, Paris, 2011, 586 pages, p. 10.
1357. BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, *op. cit.*, p. 73.
1358. WALINE (J.), *Droit administratif*, 26e éd., *op. cit.*, p. 680.
1359. CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, thèse, 2005, 2 tomes, t. I, 1187 pages, p. 45.
1360. EISENMANN (C.), « Le droit administratif et le principe de légalité », *op. cit*.
Pour une critique de cette distinction : TIMSIT (G.), *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, PUF, Paris, 1995, 126 pages, pp. 8-16.
1361. Voir l'introduction.
BONNARD (R.), « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP* 1923, pp. 363-392, pp. 363-364 ; LAMPUE (P.), « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir

pouvoir est mis en lien avec l'entrée de la France dans le régime de l'État légal.

La théorisation de l'État légal sera entreprise par Raymond Carré de Malberg[1362]. Il en fait ressortir deux éléments caractéristiques : la suprématie du pouvoir législatif et la soumission de l'administration à la loi[1363]. Dans un tel système, la loi est évidemment centrale. Selon l'auteur, il s'agit d'un « État dans lequel tout acte de puissance administrative présuppose une loi à laquelle il se rattache et dont il soit destiné à assurer l'exécution »[1364]. Cette expression correspond alors au régime de la IIIe République. Pour le constitutionnaliste, la loi constitue depuis 1875 un acte habilitant l'exécutif[1365]. Il ne peut agir que par la loi, et dans les limites posées par la loi.

La loi, objet quasi sacré[1366], est donc au centre du système de la IIIe République. Elle réduit le pouvoir « en une *compétence* entièrement régie par le droit »[1367]. L'État légal instaure un principe hiérarchique entre l'administration et le Parlement, par le biais du principe de légalité[1368]. C'est logiquement que le recours pour excès de pouvoir s'inscrit dans ce cadre. Moyen de contrôle de l'exécutif, il permet de faire respecter la loi, autrement dit la volonté du Parlement. Plus que cela, sans un tel recours, la notion d'État légal serait vide de sens. L'exécutif pourrait, sans craindre la censure, agir sans ou au-delà de la loi. Carré de Malberg fait ainsi des recours juridictionnels, les moyens permettant de vérifier que l'exécutif ne dépasse pas les limites fixées par la loi[1369]. Dans cette optique, le recours pour excès de pouvoir a un rôle important. Il porte, selon le publiciste, sur les dispositions administratives, en opposition aux décisions administratives. Les premières laissent une marge d'appréciation à l'administration, à l'inverse des secondes[1370]. Malgré ce pouvoir discrétionnaire, celle-ci se doit de respecter la loi puisqu' « encore faut-il cependant que la mesure prise à titre de disposition se maintienne dans les limites des pouvoirs conférés par la loi à l'administrateur »[1371]. Telle est la présentation qu'en fait Aucoc dans ses *Conférences*. Lorsque la juridiction administrative se prononce sur un « excès de pouvoirs » « elle n'a qu'une chose à vérifier : l'administrateur est-il resté dans la limite de ses pouvoirs »[1372].

---

depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *RISA* 1954, pp. 359-392, pp. 377-378.

1362. CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, 1920, Sirey, Paris, 837 pages, pp. 488-501 ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, thèse, 2002, Dalloz, Paris, 739 pages, pp. 403-408 ; VELLEY (S.), *Les origines du principe de légalité en droit public français*, *op. cit.*, pp. 4-6.

1363. REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, Economica, Paris, 1992, 389 pages, pp. 7-16.

1364. *ibid*., p. 489.

1365. Voir aussi sur ce point : CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *RDP* 1988, pp. 313-380.

1366. CHEVALLIER (J.), « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP* 1990, pp. 1651-1677.

1367. *ibid*., p. 1663 (C'est l'auteur qui souligne).

1368. VELLEY (S.), *Les origines du principe de légalité en droit public français*, *op. cit*, pp. 219-229.

1369. *ibid*., p. 576. EISENMANN (C.), « Le droit administratif et le principe de légalité », *op. cit*., pp. 32-38.

1370. Sur cette distinction : *ibid*., pp. 512-513.

1371. *ibid*., p. 213.

1372. AUCOC (L.), *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école impériale des Ponts et*

Malgré les doutes sur la totale soumission de l'exécutif à la loi[1373], c'est bien dans ce cadre théorique que se développe le recours pour excès de pouvoir dès la fin du XIXe siècle. Celui-ci permet la réalisation de l'État légal en concrétisant la soumission de l'exécutif à la loi. C'est alors en ce sens qu'il faut entendre qu'il a pour objet le respect de la légalité. Telle est sa fin, mais aussi sa justification. Il peut même être vu comme un palliatif aux carences du contrôle parlementaire[1374]. Né au sein de régimes peu libéraux, il prend une dimension autre, comme agent de la volonté du Parlement. En faisant respecter l'autorité de la loi, il profite aussi de sa légitimité. Il faut se rappeler que, depuis la loi du 24 mai 1872, le Conseil d'État exerce une justice déléguée. Il ne profite plus de la protection du chef de l'État, au titre de la justice retenue. Il se pare alors de la force de la loi.

Cependant, tout comme la loi oblige l'administration, elle oblige le juge. Dans cette optique, le jugement serait « de nature purement déductive »[1375]. C'est ainsi que Romieu, dans ses conclusions sur les arrêts *Jacquin et autres*, pouvait affirmer que les juges ne sont que « les serviteur (*sic*) de la loi »[1376].

Cela a une autre implication importante : le juge administratif ne peut être le censeur du Parlement. Il se contente de faire respecter sa volonté, non de la contrôler. Cette position, si elle n'est pas nouvelle à ce moment-là, est clairement établie dans les arrêts *Arrighi* et *Courdet*, rendus en 1936[1377]. La question se posait surtout dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité de la loi, par voie d'exception. Dans ses conclusions, le commissaire du Gouvernement Latournerie fonde cette exclusion sur le principe de séparation des pouvoirs, tel qu'il ressort de la Révolution française. De cette période provient l'idée que la loi est souveraine, infaillible et juste[1378]. Malgré les prémisses d'une remise en cause de cette sacralité, due en partie à Kelsen, elle reste l'expression de la volonté générale. S'y opposer constituerait alors pour le Conseil d'État une épreuve de laquelle il

Chaussées, 1ere éd., t. I, Dunod, Paris, 1869, 681 pages, p. 391 ; *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des Ponts et Chaussées*, 2e éd., t. I, Dunod, Paris, 1878, 702 pages, p. 459.

1373. Le Conseil d'État a pu reconnaître un certain pouvoir réglementaire autonome, qui perdure encore aujourd'hui : CE, 8 août 1919, *Labonne*, rec. 737 ; GAJA 21e éd., n°34.
Voir : FAVOREU (L.), « Le Conseil d'État, défenseur de l'exécutif », pp. 237-255, notamment pp. 243-245 in *L'Europe et le droit*, *Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991.
Pour Raymond Carré de Malberg, les pouvoirs des autorités administratives, y compris du Président de la République, découlent de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 qui leur fait obligation d'exécuter les lois. Pour le publiciste, « il est posé en principe que la fonction administrative consiste uniquement à assurer à assurer l'exécution des lois », dès lors « il n'existe pour l'autorité administrative aucun domaine dans lequel elle soit entièrement maîtresse » (*ibid*., p. 360).

1374. ROLIN (F.), « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt Département du Tarn et Garonne », *RDP* 2014, pp. 1198-1212, voir p. 1201.

1375. CHEVALLIER (J.), « La dimension symbolique du principe de légalité », *op. cit.*, p. 1663.

1376. CE, 30 novembre 1906, *Jacquin et autres*, rec. 862, p. 875.

1377. CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi* et *Courdet* (2 espèces), rec. 966 ; *RDP* 1936, pp. 671-681, concl. Latournerie.

1378. *RDP* 1936, p. 674.

pourrait ressortir affaibli[1379]. La sacralité de la loi, si elle n'a plus la même splendeur, est encore suffisamment forte pour que le juge administratif s'y plie. Il en reste l'agent, non le censeur. Dans ce domaine, « la mystique de la loi sera la plus forte »[1380].

Le recours pour excès de pouvoir constitue donc l'outil de prédilection dans le respect de la loi, acte sacré depuis la Révolution française. En veillant à son respect, il transmet une partie de cette sacralité au juge. Simple agent du Parlement, son action est légitime, car il fait respecter sa volonté. L'idée est forte et sera admise sans problème dans un contexte constitutionnel dominé par la souveraineté du Parlement. Cette perspective est tout à fait similaire à celle que connaît l'Angleterre.

II. La doctrine de l'*ultra vires* : le rattachement de la *judicial review* à la souveraineté du Parlement

Cet effort de légitimation et d'explication du contrôle de *judicial review* se concrétise dans la doctrine de l'*ultra vires*. En mettant au cœur du rôle des juges la recherche de l'intention du Parlement, elle en explique et en justifie la mission (B.). Il est toutefois nécessaire, avant d'entrer plus avant dans cette idée, de comprendre l'importance fondamentale de la souveraineté du Parlement en Angleterre. À cette fin, il est utile d'en définir le sens et d'en relever les expressions les plus récentes dans les décisions des juges (A.). Il n'est pas ici question de rendre compte de toutes les facettes de ce principe. Les implications sont multiples[1381]. Cela nous emmènerait trop loin dans le domaine du droit constitutionnel. Nous nous bornerons ici à la mise en évidence des éléments les plus pertinents pour la *judicial review.*

1379. *ibid*., p. 678.
1380. L'expression est issue de la note rédigée par Jean Rivero sous la décision du Conseil constitutionnel, en date du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, n°71-44 DC, rec. 29 ; GDCC 18e éd., n°29 ; *AJDA* 1971, pp. 537-542, p. 538.
1381. WADE (W.), « The Basis of Legal Sovereignty », *CLJ* 1955, pp. 172-197 ; CRAIG (P.), « Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame », *Yearbook of European Law* 1991, pp. 221-255 ; ARMSTRONG (K.A.), « United Kingdom – Divided on Sovereignty ? », pp. 327-350 in *Sovereignty in Transition*, sous la dir. de N. Walker, Hart Publishing, Oxford, 2003 ; BRADLEY (A.), « The sovereignty of Parliament – Form or Substance ? », pp. 35-69 in *The Changing Constitution*, 7e éd., sous la dir. de J. Jowell et D. Oliver, OUP, Oxford, 2011 ; WADE (H.W.R) et FORSYTH (C. F.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 19-25 ; MASTERMAN (R.) et MURRAY (C.), *Exploring Constitutional and Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 110-153.

A. La souveraineté du Parlement, principe cardinal du droit public

Il faut, là encore, se référer à l'œuvre de Dicey. Sa vision de la souveraineté du Parlement est tout aussi importante que celle qu'il a eue de la *rule of law*, dont nous avons déjà exposé les principes directeurs[1382]. La thèse du professeur anglais peut se résumer par cette citation : « Le principe de la souveraineté du Parlement signifie, rien de plus ni moins que, le Parlement […] a, en vertu de la constitution anglaise, le droit de faire et de défaire toute loi ; et, de plus, aucune personne ni aucun organe n'est reconnu par le droit anglais comme ayant le droit de passer outre ou d'écarter une loi du Parlement »[1383]. Deux principes ressortent ainsi des propos de Dicey : le Parlement peut tout faire ; le Parlement n'a pas de concurrent[1384]. Il est à la fois omnipotent et en situation de monopole[1385].

Pour ce qui nous intéresse, il faut aussi rappeler que l'action administrative se fonde, principalement, sur la loi. La *judicial review* a longtemps été cantonnée, quant à son champ d'application, aux seuls pouvoirs découlant de la loi, en vertu de la théorie des sources du pouvoir[1386]. Il faut mettre ces deux idées en rapport. Puisque le Parlement est souverain, en prenant une loi il pose des principes, crée des droits, mais aussi des obligations. Les autorités administratives, dont la fonction découle de ces lois, doivent s'y conformer. À défaut, le Parlement ne serait ni omnipotent, ni en situation de monopole.

William Wade s'est inscrit, sur ce thème, dans les pas de Dicey. Pour le professeur Wade, la souveraineté du Parlement se résume en deux points importants : il peut légiférer dans tous les domaines ; en revanche, il ne peut s'auto-limiter[1387]. Ce dernier principe constitue à la fois la limite de l'omnipotence du Parlement, mais aussi une de ses facettes. En fait, cela signifie que, quelle que soit la nature d'un droit ou d'une obligation créé par le Parlement, il peut toujours revenir dessus, à tous moments.

1382. Voir *supra* sur les idées de Dicey : Titre I, Chapitre II, Section II, I, A, 1.
Pour une étude des différentes théories de la souveraineté ayant une influence en Angleterre : BARBER (N.W.), « Sovereignty Re-examined : The Courts, Parliament, and Statutes », *OJLS* 2000, pp. 131-153, notamment pp. 131-142.
Pour une étude plus historique : CRAIG (P.), « Public Law, Political Theory and Legal Theory », *PL* 2000, pp. 211-239, notamment pp. 212-230.
1383. DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, pp. 3-4.
Voir également : WADE (W.), « The Basis of Legal Sovereignty », *op. cit* ; JENNINGS (I.), *The Law and The Constitution*, 5e éd., University of London press, Londres, 1959, 354 pages, pp. 54-60 ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 252-261.
1384. Ces deux principes sont étudiés et exposés par Dicey à la suite de la citation opérée. Il fait mention dans un premier temps de « l'autorité législative illimitée du Parlement » puis de « l'absence d'autorité concurrençant le pouvoir législatif ». (*op. cit.*, pp. 4-18).
1385. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 2-3.
1386. Voir *supra* : Titre I, Chapitre I, Section II, I, B, 1.
1387. WADE (W.), *ibid.* ; ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford, 2001, 260 pages, pp. 44-49.

La doctrine de Dicey reflète un modèle d'organisation des pouvoirs pouvant être qualifié de « démocratie unitaire »[1388]. En premier lieu, le Parlement est souverain, car son rôle s'inscrit au sein d'un régime démocratique[1389]. L'extension progressive du droit vote depuis le début du XIXe siècle a complètement rebattu les cartes au sein des institutions anglaises. En cela, l'appel à ce principe fondamental du droit anglais pour justifier le rôle des juges apparaît véritablement à cette époque. Nous l'avons vu, la *judicial review*, ou plus exactement les *prerogative writs*, existaient bien avant. Leur autorité découlait de leurs liens forts avec le pouvoir monarchique. En passant à un système de plus en plus démocratique, la légitimité de ces *writs* était remise en cause. Le rattachement à la souveraineté du Parlement, auréolé d'une assise populaire plus forte, devenait nécessaire. Cela ne signifie pas, pour autant, que le Parlement n'était pas souverain avant le XIXe siècle. Il serait erroné d'en tirer une telle conclusion. Ce principe découle de la Révolution anglaise et a été construit en opposition au pouvoir monarchique, tant par Coke que Blackstone[1390]. Pour autant, son importance en droit public s'est trouvée renouvelée par l'accroissement constant de la démocratie. En deuxième lieu, cette démocratie est « unitaire » en ce que, selon Dicey, « tous les pouvoirs publics passaient par le Parlement »[1391]. Ce dernier est tout à la fois la source des pouvoirs de l'administration, en vertu des principes de la *rule of law* prohibant l'existence des pouvoirs discrétionnaires, et le meilleur moyen de contrôle de l'action du Gouvernement. Le Parlement se place en amont et en aval de l'action publique. Ces deux caractéristiques mises en évidence par Paul Craig reflètent parfaitement l'importance cardinale de la souveraineté du Parlement chez Dicey, et en droit public anglais.

Les juges s'en font d'ailleurs l'écho dans leurs décisions. L'affaire *Jackson*, tranchée en 2006, en constitue un très bon exemple[1392]. La question centrale reposait sur la validité du *Hunting Act* de

1388. CRAIG (P.), « Dicey : unitary, self-correcting democracy and public law », *LQR* 1990, pp. 105-143 ; *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 3.
1389. BRADLEY (A.), « The sovereignty of Parliament – Form or Substance ? », voir pp. 41-42 in *The Changing Constitution*, 7e éd., sous la dir. de J. Jowell et D. Oliver, *op. cit.* ; CRAIG (P.), *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Clarendon Press, Oxford, 1990, 440 pages, pp. 17-18 ; ELLIOTT (M.), *ibid.* pp. 48-49.
1390. Dicey construit sa doctrine notamment sur le fondement des travaux de ces deux auteurs.
Voir également : WADE (W.), « The Basis of Legal Sovereignty », *op. cit.*, p. 174 ; LEYLAND (P.) et WOODS (T.), « Public Law History and Theory : Some Notes Towards a New Foundationalism : Part 1 », pp. 374-404, notamment 385-393 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit.* ; CRAIG (P.), « Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame », *op. cit.* ; MASTERMAN (R.) et MURRAY (C.), *Exploring Constitutional and Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 113-117.
1391. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 3.
1392. *R. (on the application of Jackson and others) v. Attorney General* [2006] 1 AC 262.
Sur cette affaire voir : BRADLEY (A.), « The sovereignty of Parliament – Form or Substance ? », voir pp. 45-46 in *The Changing Constitution*, 7e éd., sous la dir. de J. Jowell et D. Oliver, *op. cit.* ; McHARG (A.), « What is Delegated Legislation ? », *PL* 2006, pp. 539-561 ; JOWELL (J.), « Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis », *PL* 2006, pp. 562-579 ; MASTERMAN (R.) et MURRAY (C.), *ibid.*, pp. 128-136.

2004, abolissant la chasse à courre. La loi avait été prise en suivant une procédure parlementaire spéciale fixée par les lois de 1911 et 1949. Celles-ci constituaient des réactions face à l'opposition trop systématique des Lords aux législations libérales[1393]. La première prévoyait la possibilité, pour la Chambre des Communes, d'adopter une loi sans le consentement de la Chambre des Lords. Ces derniers pouvaient seulement empêcher l'adoption de la loi pendant deux ans. Ce délai est raccourci à un an, par la loi de 1949. Les requérants invoquaient l'inconstitutionnalité de cette loi de 1949 en ce qu'elle avait été prise sur le fondement de la loi de 1911, et donc sans l'accord des Lords. La Chambre des Lords, dans sa formation juridictionnelle, ne fait pas droit à cette demande. Elle considère la loi de 1949 valide, tout comme le *Hunting Act*. L'affaire posant une question d'ordre constitutionnel, les juges en ont profité pour faire connaître certaines de leurs positions, par la voie d'*obiter dicta*. Lord Hope of Craighead commence ainsi son propos : « Notre constitution est dominée par la souveraineté du Parlement »[1394]. De même, Lord Carswell fait de la souveraineté du Parlement l'« un des piliers de la constitution moderne de ce pays »[1395]. Pour sa part, Lady Hale considère que « le concept de souveraineté du Parlement qui a eu un rôle si fondamental dans la constitution de l'Angleterre et du Pays de Galles depuis le XVIIe siècle […] signifie que le Parlement peut tout faire »[1396]. Lord Bingham of Cornhill affirme, en ce qui le concerne, que « le socle de la constitution britannique est constitué par […] la suprématie de la Couronne en son Parlement »[1397]. Plus précisément, il fait état de ce qui la constitue : « à ce moment là [en 1911], et aujourd'hui encore, la Couronne en son Parlement n'était pas limitée par une Constitution supérieure ou codifiée. Elle peut faire ou défaire le droit comme elle le souhaite. Les lois, formellement adoptées comme des actes du Parlement, et correctement interprétées, jouissaient de la plus grande des autorités »[1398].

Le contexte de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne a permis de rappeler la place suprême du Parlement, par le biais l'affaire *Miller*[1399]. La question était de savoir si l'utilisation

1393. BRADLEY (A.), *ibid.*, pp. 45-46 ; JOWELL (J.), *ibid.*, pp. 566-567.
1394. *R (on the application of Jackson and others) v. Attorney General* [2006] 1 AC 262, [104].
1395. [168].
1396. [159].
1397. [9].
1398. *idem*.
Plus indirectement, et dans une affaire plus ancienne, Maugham LJ a reconnu l'existence de principes découlant de la souveraineté du Parlement. Le juge déclare ainsi : « le Législateur ne peut pas, en vertu de notre constitution, se lier concernant les futures lois, et il est impossible pour le Parlement de décider qu'une loi postérieure concernant le même sujet ne pourra pas être abrogée implicitement. Si une loi postérieure décide qu'une ancienne loi doit être abrogée, il est nécessaire de donner effet à cette intention simplement parce qu'elle constitue la volonté du Législateur » (*Ellen Street Estates, Limited v. Minister of Health* [1934] 1 KB 590, p. 597). Ce que le juge consacre ici c'est l'impossibilité pour un Parlement de lier ses successeurs. Le Parlement en place est toujours entièrement libre.
1399. *R. (on the application of Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768.
Sur les implications de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, et quant à la décision *Miller*, voir le récent

de l'article 50 du TUE par le Gouvernement, permettant de lancer la procédure de sortie du Royaume-Uni, devait être ou non autorisée par le Parlement. Le Gouvernement, par la voix de son Secrétaire d'État chargé de la sortie de l'Union européenne, a défendu l'idée que le Gouvernement disposait ici d'un pouvoir propre, ne nécessitant pas d'autorisation du Parlement. Saisi de ce problème, la Haute Cour, dans un jugement unanime retentissant, à donner raison aux requérants. Il ne s'agit pas pour nous ici de rentrer dans les détails. Seulement, en donnant tort à l'exécutif, elle a pris fermement position sur l'état du droit constitutionnel britannique. Elle y a notamment rappelé que « cela est communément admis que la règle la plus importante du Royaume-Uni est que la Couronne en son Parlement est le souverain et que la législation prise par la Couronne avec le consentement des deux chambres du Parlement est suprême […]. Le Parlement peut, par la voie de la loi, changer le droit du pays comme il le souhaite. Il n'y a aucun droit supérieur à la loi, excepté si le Parlement a décidé lui-même que cela arrive »[1400]. Cette dernière phrase renvoie à l'adoption du *European Communities Act* (*ECA*) de 1972, permettant l'entrée du Royaume-Uni dans la construction européenne. Le « Brexit » illustre ainsi le principe selon lequel le Parlement peut prendre n'importe quelle décision. La Haute Cour le dit clairement : « Même dans ce cas le Parlement demeure souverain et suprême, et a toujours le pouvoir de remettre en cause l'autorité conférée à un autre droit par une loi. En résumé, le Parlement a le pouvoir d'abroger le ECA de 1972 »[1401]. Il ne peut être limité contre sa propre volonté. À tous moments, les contraintes acceptées peuvent être remises en cause.

La Cour Suprême confirme cette analyse[1402]. Rendant le jugement au nom de la majorité, Lord Neuberger, appuie son raisonnement sur la souveraineté du Parlement, ainsi que l'a énoncé Dicey[1403]. Notamment, le système dualiste britannique a vocation à préserver les pouvoirs du Parlement. Il est nécessaire de prendre une loi pour traduire, en droit interne, les exigences pesant au niveau international sur le Royaume-Uni, découlant des traités signés par l'exécutif[1404]. Tel est l'objet du *ECA* de 1972[1405]. Lord Neuberger voit dans le système dualiste le « corollaire nécessaire à la souveraineté parlementaire » et protège ainsi le Parlement[1406]. Mais l'inverse est vrai aussi. Cela

dossier publié à la Revue De droit Public portant sur le Brexit (*RDP* 2017, pp. 249-308), ainsi que celui consacré par la Revue Française de Droit Administratif, concernant la Cour suprême (*RFDA* 2017, pp. 213-228).

1400.[20].

1401. [21].

Sur cette affaire, voir : DALY (P.), « Brexit : Legal and Political Fault Lines », *Legal Studies Research Paper Series*, n°25/2017, mai 2017, 20 pages.

Pour une étude critique de la position retenue par la Haute Cour : CRAIG (R.), « Casting Aside Clanking Medieval Chains : Prerogative, Statute and Article 50 after the EU Referendum », *MLR* 2016, pp. 1041-1063 ; Lord Millet, « Prerogative Power and Article 50 of the Lisbon Treaty », *UK Supreme Court Yearbook*, vol. 7, 2016, pp. 190-194.

1402. *R. (on the application of Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

1403. Voir en particulier le point [43].

1404. [55].

1405. [60]-[68].

1406. [57].

conduit la majorité des Lords à conclure en faveur de la nécessité d'une autorisation législative au profit du Gouvernement afin que celui-ci puisse utiliser la procédure de l'article 50. La notification de la sortie de l'Union européenne entraîne des conséquences constitutionnelles tellement importantes que cette décision ne peut être prise par un ministre ; une loi est donc nécessaire[1407]. Le Parlement peut non seulement autoriser la sortie de l'Union européenne, mais surtout il doit le faire, au regard des conséquences que cela implique. La souveraineté du Parlement constitue également la base des réflexions des juges ayant rendu un jugement dissident. Parmi les trois Lords concernés, Lord Reed est celui ayant le plus développé sa position. En débutant son discours judiciaire, il commence par affirmer : « J'accepte entièrement l'importance dans notre droit constitutionnel du principe de la suprématie du Parlement sur notre droit interne »[1408]. Néanmoins, une telle loi n'est pas nécessaire de son point de vue pour engager la procédure de sortie auprès des institutions européennes. Si le dualisme de l'ordre juridique permet la protection de la souveraineté du Parlement, pour le Lord l'utilisation de l'article 50 est avant tout une décision relevant de la sphère diplomatique[1409]. Elle appartient à l'ordre international, domaine réservé du Gouvernement. La notification n'est pas considérée comme ayant d'impact en droit interne. De plus, la loi de 1972 ne lui a pas enlevé cette prérogative.Toutefois, cet argument paraît limité. Une fois l'article 50 activé, le processus s'engage et semble ne pas pouvoir être arrêté. L'acte de notification entraîne le Royaume-Uni dans la sortie de l'Union européenne, et l'importance de ce changement justifie que le Parlement l'autorise.

L'importance première de la souveraineté du Parlement est un élément majeur du droit anglais que les juges ne peuvent ignorer. Leur rôle ne peut aller contre la volonté du Parlement. La *judicial review* doit ainsi pleinement s'inscrire dans ce contexte. La décision *Miller* de la Cour Suprême révèle cependant l'ambiguïté de cette affirmation. La souveraineté du Parlement, érigée en dogme, peut conduire les juges à des conclusions opposées. Mais, la doctrine de l'*ultra vires* va plus loin que cela. En définissant la fonction assignée uniquement par le prisme de l'intention du Parlement, elle fait du juge les agents du législateur souverain.

1407. [80]-[93].
C'est le *European Union (Notification of Withdrawal) Act* 2017 qui autorise le Gouvernement à actionner l'article 50.
1408. [177].
1409. [182]-[197].

*B. La doctrine de l'*ultra vires *: les juges comme agents du législateur*

Rattacher le rôle des juges à la suprématie du Parlement est une nécessité. Souvent critiqué, le contrôle par voie de *judicial review* est en recherche constante d'une base sûre et forte. L'enjeu est important, et donne lieu à des développements d'une grande richesse. Tout l'objectif des tenants de la doctrine de l'*ultra vires* sera de mettre en lien le contrôle opéré par la voie de la *judicial review* et ce principe constitutionnel fondamental. À ce titre, la référence à l'intention du Parlement fait office de pierre angulaire. Elle est ce que les juges cherchent à protéger contre les empiétements de l'action administrative (1.). Elle est aussi ce qui autorise les juges à contrôler une autorité publique pourtant habilitée par le Parlement souverain à agir. En se retrouvant arbitres d'une potentielle opposition entre Parlement et autorités administratives, les juges ont pour mission de faire primer le premier sur les secondes. Ils sont les agents du Parlement, et en tirent toute la légitimité afférente (2.).

1. Le sens de la doctrine de l'*ultra vires* : la place prépondérante de la volonté du Parlement

La doctrine de l'*ultra vires* a été exposée par de nombreux auteurs[1410]. Dans les débats qu'elle a suscités et les controverses qu'elle a fait naître, et sur lesquelles nous reviendrons, trois ont une place particulière : William Wade, Christopher Forsyth et Mark Elliott. Le premier défend une vision orthodoxe, tant de la souveraineté du Parlement que de la doctrine de l'*ultra vires*[1411]. Les deux autres ont une position quelque peu différente : on parle, les concernant, d'une vision « modifiée » de l'*ultra vires*[1412]. Cette « modification » consiste en un réajustement opéré à la suite

1410. Pour ce qui est des articles en français, voir : DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) et JOWELL (J.), « Les juges et le contrôle de l'administration en Grande-Bretagne », *RDP* 1979, pp. 1059-1082, voir pp. 1069-1074 ; BELL (J.), « Le fondement du contrôle juridictionnel de l'Administration », pp. 57-86, notamment pp. 67-73 in *Common Law, d'un siècle à l'autre*, sous la dir. de P. Legrand, Blais, Cowansville, 1992.
L'affirmation de l'existence de cette doctrine en droit public est antérieure aux trois auteurs étudiés par la suite, voir : ALLEN (C.K.), *Law and Orders. An inquiry into the nature and scope of delegated legislation and executive powers in England*, Stevens & Sons, Londres, 1945, 385 pages, p. 132 ; JENNINGS (I.), *Principles of Local Government Law*, 4e éd., University of London Press, Londres, 1960, 316 pages, pp. 139-151.
1411. WADE (W.), « The Basis of Legal Sovereignty », *op. cit.* ; WADE (H.W.R) et FORSYTH (C. F.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*
Sur la pensée de William Wade : GALLIGAN (D.J.), « Judicial Review and the Textbook Writers », *OJLS* 1982, pp. 257-276.
1412. Sur la doctrine de ces deux auteurs, on renverra notamment à l'ouvrage édité sous la direction de Christopher Forsyth : *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, Hart Publishing, Oxford, 2000. Il regroupe différents articles de Christopher Forsyth et Mark Elliott exprimant leur doctrine. Il contient également de nombreux articles contestant leur point de vue. À ce titre, il constitue un ouvrage de premier choix lorsque l'on s'intéresse à la question des bases constitutionnelles de la *judicial review.*
On peut aussi renvoyer à d'autres œuvres des auteurs, et notamment : FORSYTH (C.), « The Metaphysics of Nullity. Invalidity, conceptual reasoning and the rule of law », pp. 141-160 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord.*

des critiques faites à la vision classique de William Wade.

Le professeur Wade fait de l'*ultra vires* la pierre angulaire du droit administratif : « la simple affirmation selon laquelle une autorité publique ne peut pas agir en dehors de ses pouvoirs (ultra vires) peut être qualifiée de principe central du droit administratif »[1413]. Plus loin, l'auteur assimile l'*ultra vires* à l'excès de pouvoir (*excess of power*)[1414]. Cela signifie que la mission principale du juge est de veiller à ce que les pouvoirs de l'administration aient été utilisés à l'intérieur des limites fixées[1415]. À l'inverse, et c'est l'autre face de ce principe, les juges « n'ont pas d'autorisation constitutionnelle afin d'interférer avec une action qui se trouve à l'intérieur des pouvoirs conférés (intra vires) : si elle appartient à la compétence de l'autorité, et est donc autorisée par le Parlement, la cour n'a aucun droit de la considérer comme illégale »[1416]. Ces affirmations de William Wade sont d'une importance capitale dans la doctrine de l'*ultra vires*. Elles sont parfaitement résumées par Christopher Forsyth lorsque celui-ci affirme : « ce qu'un Parlement tout-puissant n'interdit pas, il doit l'autoriser explicitement ou implicitement. De même lorsque le Parlement octroie un pouvoir à un ministre, celui-ci agit à la fois dans le cercle de ses pouvoirs ou en dehors de ses pouvoirs. Il n'y a pas de zone grise entre l'autorisation et l'interdiction ou entre l'octroi ou le refus d'un pouvoir »[1417].

Trois éléments ressortent de ces affirmations.

Tout d'abord, l'*ultra vires* correspond à la notion « d'excès de pouvoir ». Plus exactement, William Wade utilise l'une pour l'autre. L'*ultra vires* renvoie ainsi à une idée fondamentale : ce qui n'est pas interdit par le Parlement doit être expressément autorisé. C'est le principe exprimé par Christopher Forsyth. Il en découle une vision manichéenne. Dans un premier cas, l'acte ou l'action de l'administration correspond à ce que le Parlement a autorisé, et alors, ayant agi dans sa sphère de compétence, l'administration n'a rien à craindre des juges. L'acte est légal ou encore il est *intra vires*. Dans un second cas, la situation s'inverse. L'action administrative est en dehors de la

---

Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, Clarendon Press, Oxford, 1998 ; ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations for Judicial Review*, *op. cit.* ; « The demise of the Parliamentary souvereignty ? The implications for justifying judicial review », *LQR* 1999, pp. 119-137 ; « A Tangled Constitutional Web : The Black-Spider Memos and the British Constitution », *PL* 2015, pp. 539-550.
Voir pour un article commun sur ce sujet : FORSYTH (C.) et ELLIOTT (M.), « The Legitimacy of Judicial Review », *PL* 2003, pp. 286-307.

1413. WADE (H.W.R) et FORSYTH (C. F.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, p. 27.

1414. C'est aussi la traduction retenue dans un article rédigé, en français, par Jacqueline Dutheil de la Rochère et Jeffrey Jowell : « Les juges et le contrôle de l'administration en Grande-Bretagne », *RDP* 1979, pp. 1059-1082, voir p. 1063 et p. 1069.

1415. *ibid*., p. 26.

1416. *ibid*., p. 28.

1417. FORSYTH (C.), « Of Fig Leaves and Fairy Tales : The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review », pp. 29-46, notamment pp. 39-40 in *Judicial Review and the Constitution*, sus la dir. de C. Forsyth, Hart Publishing, Oxford, 2000, 442 pages.

compétence octroyée par le Parlement. Elle est *ultra vires*, c'est-à-dire dire illégale. Le juge doit alors trancher et déclarer l'acte contraire à la loi.

Ensuite, on perçoit dans l'exposé de cette doctrine toute l'importance du Parlement. Il est la source du pouvoir, celui qui autorise, mais aussi interdit. La détermination du caractère *intra* ou *ultra vires* de l'acte se fait en relation avec sa volonté. Ce qu'il a voulu doit être respecté. Cette obligation, il ne faut pas s'y tromper, s'adresse en tout premier lieu à l'organe qu'il a habilité à agir. C'est lui qui doit rester dans sa sphère d'action. En sortant de sa compétence, il viole l'intention du Parlement. Il s'agit alors pour les cours de faire respecter la volonté bafouée de l'organe souverain.

Enfin, et par voie de conséquence, un élément est fondamental dans le rôle des cours, au sein de la doctrine de l'*ultra vires* : il s'agit de l'intention du Parlement. En vertu de l'*ultra vires*, « le rôle des cours est de veiller à ce que la volonté du Parlement soit respectée »[1418]. Sa place est centrale dans la théorie de Mark Elliott. Décrivant la vision orthodoxe de William Wade, il relève qu'elle soutient que « la judicial review concernant les pouvoirs venant de la loi n'implique rien de plus que le respect de l'intention du Parlement. Le contrôle repose sur le fondement unique selon lequel l'action administrative est ultra vires, ou au-delà de ce que le Parlement a autorisé, et donc toutes les obligations classiques pesant sur l'exécutif […] découlent de l'intention législative non-écrite »[1419]. Mais, Mark Elliott va plus loin en érigeant sa théorie de l'*ultra vires* modifiée, en prenant acte des critiques pesant sur elle[1420]. Il a fallu admettre que certaines limites étaient imposées par les juges eux-mêmes. Pour répondre à cela, Mark Elliott va partir du postulat suivant : si les juges peuvent faire émerger, *via* la *common law*, certains principes, notamment procéduraux, ceux-ci s'appliquent, car il faut présumer que telle est l'intention du Parlement[1421]. Le recours à « l'intention générale » du Parlement permet au professeur Elliott de justifier que les principes utilisés par les cours s'appliquent à la définition même des pouvoirs de l'autorité administrative. Il est alors possible de

1418. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, p. 8.

1419. ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations for Judicial Review*, *op. cit.*, p. 23.

Ainsi, « le précepte central du principe de l'ultra vires considère que toutes les limites imposées aux pouvoirs provenant de la loi dérivent de l'intention du Parlement » :ELLIOTT (M.), « The demise of the Parliamentary souvereignty ? The implications for justifying judicial review », *op. cit.*, p.120.

1420. Nous renvoyons aussi ici à l'ouvrage *Judicial Review and the Constitution* contenant de nombreux articles contestant la doctrine de l'*ultra vires*. Le lecteur pourra se référer à ceux de Dawn Oliver, Paul Craig ou encore Jeffrey Jowell.

1421. On renverra ici à l'ensemble des éléments de son œuvre déjà mentionnés.

Deux citations démontrent cette idée : « il peut être affirmé que, bien qu'un pouvoir octroyé par le Parlement ne comporte pas prima facie d'obligation de justice procédurale (procedural fairness), la législation doit être *lue comme incluant implicitement* des dispositions nécessaires que l'autorité décisionnaire agisse avec justice (fairly). Dès lors, quand une cour relève que l'autorité doit agir en accord avec les principes de justice naturelle (natural justice), elle ne fait qu'articuler et donner effet à ces limites qui représentent le périmètre extérieur du pouvoir que le Parlement est considéré comme ayant accordé effectivement » ; plus loin dans son ouvrage, il note que « bien que les détails des principes de contrôle ne sont pas attribués à l'intention du Parlement, les principes de bonne administration créés par les juges sont appliqués conformément à *l'intention générale* du Parlement selon laquelle le pouvoir discrétionnaire octroyé doit être limitée de façon conforme aux nécessités de la rule of law » : ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations for Judicial Review*, *op. cit*, respectivement p. 38 et p. 110 (C'est nous qui soulignons).

dépasser le strict respect de l'intention spécifique du Parlement, c'est-à-dire se plier à la seule volonté exprimée spécifiquement dans la loi fondant le pouvoir administratif en cause. De plus, cette intention générale est présumée. Cela permet d'admettre la possibilité pour le Parlement de s'en écarter, en usant de termes clairs. En somme, les principes de *common law* participent de la définition de la compétence de l'organe, à sa *vires*. Le fait de les enfreindre rend l'acte illégal. Les juges s'en tiennent alors à la sanction des actes *ultra vires*. Le principe exposé par Christopher Forsyth reste pleinement respecté : l'acte est soit *ultra vires* soit *intra vires*. Les tenants d'une vision différente et critique de l'*ultra vires* sont alors considérés comme admettant que les juges déclarent illégaux des actes pourtant *intra vires*, mais contraires aux principes de *common law*[1422]. La dissociation loi-principes de *common law* aboutirait à ce résultat absurde pour Mark Elliott : l'acte est conforme à la volonté du Parlement (et donc *intra vires*) mais est illégal. Or, le rôle constitutionnel des cours se limite à sanctionner les actes *ultra vires*. Toute autre fonction leur est interdite comme étant inconstitutionnelle au motif qu'elle viole la volonté du Parlement.

La recherche de l'intention ou de la volonté du Parlement devient alors la première préoccupation des juges[1423]. Quelles limites souhaitait-il fixer à tel pouvoir ? Cette question est un préalable nécessaire au contrôle en lui-même, qui consiste alors à déterminer si ces limites ont été enfreintes. Plusieurs affaires ont permis aux juges d'exprimer leur attachement à la doctrine de l'*ultra vires*. Dans l'affaire *Page*, Lord Browne-Wilkinson a pu écrire, à propos de la *judicial review*, que « le principe fondamental est que les cours ne vont agir que pour veiller à ce que les pouvoirs des autorités décisionnaires soient exercés légalement »[1424]. Le Lord a confirmé son point de vue quelques années plus tard dans l'affaire *Boddington v. British Transport Police*[1425]. Dans cette même affaire, Lord Steyn cite, en l'approuvant, la phrase de William Wade faisant de l'*ultra vires* le « principe central du droit administratif »[1426]. Bien avant cela, dans l'affaire *Yaffe* de 1931, Lord Thankerton a clairement résumé les bases du contrôle. Son jugement porte sur l'exercice par un ministre de pouvoirs délégués par le Parlement. À cette occasion le Lord déclare : « selon moi, le véritable principe de construction d'une telle délégation, par le Parlement, de sa fonction législative, est qu'elle confère seulement un pouvoir limité au Ministre, et que […] la Cour a le droit et le

1422. ELLIOTT (M.), « The demise of the Parliamentary souvereignty ? The implications for justifying judicial review », *op. cit.*, p. 121 ; FORSYTH (C.) et ELLIOTT (M.), « The Legitimacy of Judicial Review », *op. cit.*, p. 289.
1423. Pour un exposé classique de cette nécessité ancienne : PLUCKNETT (T.), « L'interprétation des lois (statuts) », pp. 434-449 in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert. Première Partie, les aspects, les fonctions et les sources du droit comparé*, Sirey et LGDJ, Paris, 1938.
1424. *R. v. Lord President of the Privy Council, ex p. Page* [1993] AC 682, p. 701.
1425. Il y déclare, dès les premières lignes de son jugement, que « la base juridique de la judicial review est la doctrine de l'*ultra vires* » ([1999] 2 AC 143, p. 164).
1426. *ibid.*, p. 171.

devoir de contrôler si le Ministre a agi à l'intérieur des limites de son pouvoir délégué »[1427]. On reconnaît ici le rôle des juges dans la sanction des actes *ultra vires*. De même, et par corollaire, lorsque l'autorité publique reste dans le cadre des limites, et use donc légalement de son pouvoir discrétionnaire, les juges ne peuvent intervenir[1428].

Une affaire en particulier est intéressante de ce point de vue, pour deux raisons. Premièrement, parce qu'il s'agit d'une affaire récente, rendue en 2016, et ayant eu une forte importance médiatique. Ensuite, l'attachement à l'*ultra vires* et à ce qui en découle ressort avec une particulière netteté. Il s'agit de la décision de la Cour Suprême *The Public Law Project*, du nom de la fondation ayant introduit le recours[1429]. Celle-ci a mis en cause la décision du ministre de la Justice de restreindre l'aide juridictionnelle en introduisant dans la loi un « test de résidence ». En somme, il était question de la limiter pour les étrangers vivant sur le sol britannique : pour l'obtenir, ceux-ci devaient vivre au Royaume-Uni, légalement, depuis douze mois. La loi régissant alors l'aide juridictionnelle était le *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act* de 2012. Celle-ci autorisait le Lord Chancelier, équivalant du Ministre de la Justice, à modifier la loi par la voie de ce qui est appelé une « législation déléguée »[1430]. Plus précisément, la section 9 (1) posait le principe en vertu duquel un individu avait droit aux services d'aide mentionnés dans la Partie 1 de l'Annexe 1. La section 9(2) permettait au Lord Chancelier « d'ajouter » ou de « varier ou supprimer » les services listés. C'est sur le fondement de ce pouvoir qu'il a proposé au Parlement, dans un « projet de modification » (*draft order*), d'inclure le test de résidence. Ce projet est attaqué par la fondation The Public Law Project en ce qu'elle est *ultra vires*. La Cour Suprême donne raison au requérant. La section 9(2) ne donne pas le pouvoir au Lord Chancelier de modifier, en ce sens, la loi. Toute la doctrine de l'*ultra vires*, et sa logique intrinsèque, sont résumées dans un paragraphe du jugement unique rendu par Lord Neuberger, président de la Cour Suprême : « une législation subordonnée sera déclarée invalide par une cour si elle a pour effet, ou est faite dans un but, qui est ultra vires, ce qui signifie, en dehors du champ du pouvoir octroyé par la loi dont il découle. En déclarant la législation subordonnée invalide dans un tel car, la cour assure la suprématie du Parlement sur l'Exécutif. Cela vient du fait que la cour empêche un membre de l'Exécutif de faire un acte qui est en dehors du champ du pouvoir que le Parlement lui a confié par la voie de la loi en cause. Dès lors, lorsqu'il est affirmé, comme ici, qu'une législation subordonnée souhaitée ou déjà en place, est ultra vires, il est nécessaire pour la cour de déterminer le champ du pouvoir conféré afin de faire cette

1427. *R. v. Ministry of Health, ex p. Yaffe* [1931] AC 494, p. 532.
1428. *ibid*., p. 532.
1429. *R. (on the application of The Public Law Project) v. Lord Chancellor* [2016] UKSC 39.
1430. HAGUNEAU (C.), « Le domaine de la loi en droit français et en droit anglais », *op. cit.*, pp. 263-264 ; McHARG (A.), « What is Delegated Legislation ? », *PL* 2006, pp. 539-561.

législation »[1431]. Ainsi, l'*ultra vires* commande d'interpréter la loi pour définir l'étendue, et par corollaire, les limites du pouvoir en cause. Une fois cette étape opérée, il revient aux juges de déterminer si l'acte en cause est dans, ou en dehors, de la sphère de compétence de l'autorité. En faisant cela, les juges se font les garants de la souveraineté du Parlement en veillant au respect de sa volonté, et en sanctionnant les actes des autorités publiques la violant. Dans ce rôle constitutionnel attribué aux cours, l'interprétation des lois et la recherche de la volonté du Parlement sont des outils indispensables et puissants pour les juges. En somme, les cours doivent veiller à ce que les pouvoirs conférés respectent les limites explicites et implicites posées par la loi, appelées dans certains cas les « quatre coins » du pouvoir[1432]. L'image du « beignet », utilisée par Ronald Dworkin, est parfaitement parlante : le juge détermine le cadre juridique entourant un espace de vide dans lequel l'administration est libre de se mouvoir[1433]. On peut, sans peine, mettre en évidence ici une certaine analogie avec le rôle du Conseil d'État, joué par le biais du recours pour excès de pouvoir. Les deux recours ont pour fonction de veiller au respect de la légalité, dans un sens strict, ramené à la loi. Ils permettent alors aux juges de « trancher », de couper ce qui déborde de la sphère de compétence définie octroyée par le Parlement.

2. L'intérêt de la doctrine de l'*ultra vire*s : la légitimation du rôle des juges

L'intérêt de la doctrine de l'*ultra vires* n'est pas uniquement d'expliquer le rôle des cours. D'ailleurs, cet objectif apparaît secondaire, notamment chez Mark Elliott. Le véritable but est de légitimer le contrôle juridictionnel exercé par la voie de la *judicial review*[1434]. Il s'agit du grand apport de ce principe (a.). Néanmoins, une telle construction se révèle quelque peu artificielle (b.).

a. La légitimation du rôle des juges par l'intention du Parlement et le principe de séparation des pouvoirs

La théorie avancée par le professeur Elliott est celle de l'*ultra vires* dite modifiée. Nous

1431. *R. (on the application of The Public Law Project) v. Lord Chancellor* [2016] UKSC 39, [23].
1432. Voir Carnwarth J. dans *R. (on the application of Edison First Power Ltd) v Secretary of State for Environment, Transport & Regions* [2000] EWHC 317, [35].
1433. DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris, 1995, traduction de la 4e éd. de 1984, 515 pages, pp. 90-101 (L'image est ici traduite par la métaphore de l'anneau).
Deux auteurs anglais dressent une analogie toute similaire : ils considèrent que le contrôle des juges est comme un cercle autour duquel patrouillent des policiers. Tant que l'autorité compétente ne sort pas du cercle, les juges ne peuvent rien dire (HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *Law and Administration*, 2e éd., Cambridge University Press, Cambridge, 1997, ré-édition 2006, 655 pages, p. 81).
1434. Voir notamment : FORSYTH (C.) et ELLIOTT (M.), « The legitimacy of judicial review », *op. cit.*

l'avons dit, sous le coup des critiques s'étant abattues sur la vision classique de cette doctrine, un réajustement est apparu nécessaire. Mark Elliott va construire l'idée que leur respect découle de l'intention générale présumée du Parlement. En l'absence de volonté contraire expresse, le Parlement est réputé avoir accepté que des exigences jurisprudentielles limitent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré à une autorité publique. Cela est fondamental pour les juges. Pour Christopher Forsyth, les juges tiennent ce pouvoir du Parlement qui leur a donné un « *imprimatur* » à cette fin[1435]. Selon Mark Elliott, « en affirmant que l'effort des cours est en accord avec l'intention du Parlement […] il est possible de soutenir que les principes de bonne administration reflètent les contours du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi. De cette façon, les normes de droit administratif suivent, plutôt qu'elles ne remettent en cause, la volonté du Parlement, et la judicial review est constitutionnellement protégée »[1436].

L'argument est aussi défendu par Christopher Forsyth. La doctrine de l'*ultra vires* a pour but de « fournir le fondement constitutionnel nécessaire à la plus grande partie (mais pas à l'ensemble) de la judicial review »[1437]. L'*ultra vires* n'est donc pas « naturellement » liée à la *judicial review.* Plus exactement, son but est d'inscrire la *judicial review* dans le contexte constitutionnel de l'Angleterre. Dès lors, si le principe constitutionnel fondamental venait à changer, la doctrine de l'*ultra vires* devrait péricliter. Cette éventualité est clairement admise par les professeurs Forsyth et Elliott. Pour le premier, « l'approche orthodoxe de l'ultra vires n'est pas défendue comme étant la seule possible, ni comme étant idéale, pour fonder la judicial review »[1438]. Elle est en revanche la seule parvenant à mettre au diapason la souveraineté parlementaire avec le contrôle des juges. Telle est la conviction du second puisqu'en l'absence de remise en cause de ce principe constitutionnel de base, « le principe de l'*ultra vires* continue d'avoir une fonction vitale en cherchant à concilier la judicial review avec la position constitutionnelle du Parlement, à travers la nécessité de lier les cas de contrôle avec l'intention du Parlement »[1439]. Tant que la première vit encore, l'*ultra vires* est nécessaire. Sa remise en cause est possible, mais il n'appartient pas aux juges d'en décider. Cela reviendrait à remettre en cause la souveraineté du Parlement[1440]. Les cours doivent se conformer à

1435. FORSYTH (C.), « Of Fig Leaves and Fairy Tales : The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review », p. 41 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit*.
1436. ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations for Judicial Review*, *op. cit*, p. 120.
1437. FORSYTH (C.), *ibid.*, p. 30.
Voir également : FORSYTH (C.), « Heat and light : a plea for a reconciliation », pp. 393-409 in *Judicial Review and the Constitution*, *op. cit*.
1438. *ibib*., p. 45.
1439. ELLIOTT (M.), « The demise of the Parliamentary sovereignty ? The implications for justifying judicial review », *op. cit.*, p. 137 (C'est l'auteur qui souligne).
Voir également : ELLIOTT (M.), « Legislative Intention Versus Judicial Creativity ? Administrative Law as a Co-operative Endeavour », pp. 341-369 in *Judicial Review and The Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit*.
1440. ELLIOTT (M.), « The demise of the Parliamentary sovereignty ? The implications for justifying judicial review », *op. cit.*

l'ordre constitutionnel auquel elles appartiennent sous peine de provoquer une « révolution »[1441]. Bien plus, toute décision des juges étant rattachée à la volonté du Parlement, elle se trouve ainsi légitimée. La doctrine de l'*ultra vire*s fonde le rôle des juges en fixant ce qu'ils peuvent faire, mais aussi la limite de leurs pouvoirs, par référence à l'intention du Parlement.

La légitimité des juges est également renforcée par l'appel à un autre principe, corollaire du premier : la séparation des pouvoirs[1442]. La violation des limites posées à l'exercice d'un pouvoir, par le Parlement, revient à une usurpation du pouvoir législatif par cette autorité. En somme, en veillant à ce que cela n'arrive pas, les cours se font les alliés objectifs du Parlement, afin de soumettre l'exécutif au droit[1443]. Les mots récemment employés par un juge de la Cour Suprême anglaise sont révélateurs, et résonnent avec ceux de Romieu, dans l'affaire *Jacquin et autres*, cités plus haut : « nous nous considérons comme les serviteurs du législateur souverain »[1444]. De même, si les juges peuvent veiller au respect de principes qui n'ont pas été créés par le Parlement lui-même, cela ne remet pas en cause sa souveraineté : les juges disposent de l'« *imprimatur* » du souverain. Ils ne font alors que donner corps à l'intention du Parlement[1445]. À l'inverse, puisque l'autorité publique est habilitée à agir, les juges ne peuvent pas remettre en cause une décision prise avec l'assentiment du législateur. Le contrôle juridictionnel par voie de *judicial review* s'arrête là où commence le pouvoir discrétionnaire de l'autorité. Si son appréciation devait être examinée, alors ce sont les juges qui usurperaient le pouvoir normalement dévolu à l'organe décisionnaire. Dans ce cas, il y aurait une confrontation indirecte entre les cours et le Parlement. Lorsque l'exécutif respecte les limites de son pouvoir mais prend une mauvaise décision, il n'appartient pas au pouvoir judiciaire d'en connaître[1446]. Une telle situation relève d'une responsabilité politique, engagée devant le

1441.WADE (W.), « The Basis of Legal Sovereignty », *op. cit.*, notamment p. 188-190, p. 196.
Voir également concernant la nécessité pour les juges de respecter l'ordre constitutionnel : ELLIOTT (M.), « The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Settings : Still the Central Principle of Administrative Law », pp. 83-109 voir p. 87 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit*.
1442. HARE (I.), « The separation of powers and judicial review for error of law », pp. 113-139 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC*, sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 87-103.
Pour une affirmation récente en jurisprudence : *R. (on the application of Caitlin Reilly (No.2)) v. The Secretary of State for Work and Pensions* [2014] EWHC 2182 [82] (Lang J.).
1443. ELLIOTT (M.), « Legislative Intention Versus Judicial Creativity ? Administrative Law as a Co-operative Endeavour », *op. cit*.
1444. Il s'agit d'une expression utilisée par Lady Hale lors d'un discours prononcé le 9 novembre 2016, lors de la Sultan Azlan Shah Lecture, et intitulé « The Supreme Court : Guardian of the Constitution ? » (voir page 6) : le discours est disponible sur le site internet de la Cour Suprême (https://www.supremecourt.uk/docs/speech-161109.pdf).
Pour les propos de Romieu, voir *supra* : Titre II, Chapitre I, Section I, I, B.
1445. FORSYTH (C.), « Of Fig Leaves and Fairy Tales : The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review », *op. cit.*, p. 41.
1446. Voir l'affirmation très claire en ce sens de Lord Diplock dans *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex p. National Federation of Self-Employed and Small Businesses* ([1982] AC 617, p. 619).

Parlement[1447]. Il y a une claire répartition des rôles et des compétences entre les trois pouvoirs. En définitive, tout revient à ce que le Parlement est réputé avoir décidé. De là, découle la répartition des pouvoirs qu'il revient aux autres branches du pouvoir de respecter.

L'affaire *Fire Brigades Union* est, notamment sur ce point, d'une très grande importance[1448]. Une loi de 1988 était venue remplacer un mécanisme d'indemnisation de victimes de crime violent, mis en place par l'exécutif, sur le fondement de ses pouvoirs propres[1449]. Elle prévoyait qu'elle entrerait en vigueur au jour où le Secrétaire d'État l'aura souhaité[1450]. Cependant, aucun acte n'a été pris, et l'ancien mécanisme est resté en vigueur. En 1993, le Secrétaire d'État a décidé de ne jamais exécuter la loi et de modifier l'ancien mécanisme à l'aide de ses pouvoirs propres. Cela sera fait en 1994. Cette décision a été contestée par voie de *judicial review* au motif qu'elle contrevient à la loi de 1988. À cette occasion, Lord Mustill clarifie les relations entre les trois pouvoirs : « c'est une caractéristique de la conception britannique de la séparation des pouvoirs que le Parlement, l'exécutif et les cours ont chacun leur domaine d'action, distinct et largement exclusif. Le Parlement a un droit inattaquable juridiquement de produire le droit comme cela lui semble bon. L'exécutif exerce l'administration du pays en accord avec les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi. Les cours interprètent les lois, et vérifient qu'elles sont suivies. Cela nécessite parfois de la part des cours d'entrer sur le territoire réservé de l'exécutif, afin de vérifier non seulement que les pouvoirs sont exercés conformément aux lois du Parlement mais également qu'ils le sont d'une façon conforme aux standards de justice que le Parlement doit être considéré comme ayant voulu voir appliqué. De façon concurrente avec la fonction judiciaire le Parlement détient ses propres moyens de veiller à ce que l'exécutif, dans l'exercice de ses pouvoirs délégués, les exerce d'une façon qui semble appropriée au Parlement »[1451]. Bien qu'étant dans la minorité concernant le jugement sur le fond, qui donna raison aux requérants, son exposé des relations entre les trois pouvoirs constitue une image fidèle de la situation. Dans l'affaire *A v. Secretary for the Home Department*, Lord Bingham résume, lui aussi, avec beaucoup de clarté la situation. Le juge énonce une répartition des pouvoirs entre Parlement et juges. Au premier il revient les questions d'ordre politique ; aux seconds sont réservées les questions juridiques. Ainsi, plus un problème aura de coloration politique, moins

1447. GRIFFITH (J.A.G.), « The Political Constitution », *MLR* 1979, pp. 1-21 ; « The Brave New World of Sir John Laws », *MLR* 2000, pp. 159-176 ; « The common law and the political constitution », *LQR* 2001, pp. 42-67 ; TOMKINS (A.), « What's Left of the Political Constitution ? », *German Law Journal* 2013, pp. 2275-2292 ; ZWART (T.), « Overseeing the executive : Is the legislature reclaiming lost territory from the courts ? », pp. 148-160 in *Comparative Administrative Law*, sous la dir. de S. Rose-Ackerman et P. L. Lindseth, *op. cit*.
1448. *R. v. Secretary for the Home Department, ex p. Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513.
1449. Il s'agit du *Criminal Justice Act*.
1450. Section 171 (1).
1451. *R. v. Secretary for the Home Department, ex p. Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513, p. 567.

les juges seront à même d'en traiter[1452]. La séparation des pouvoirs, telle qu'elle ressort des lois répartissant les compétences, est garantie par les juges ; elle s'impose aussi à eux.

b. Une doctrine fondée sur un artifice

La doctrine de l'*ultra vires* peut se targuer de concilier le rôle des juges avec le cadre constitutionnel dans lequel ils agissent. En permettant de légitimer leur contrôle, et de le délimiter, par la référence à la souveraineté du Parlement et à la séparation des pouvoirs, elle confère une assise forte à la *judicial review*. Néanmoins, elle est empreinte d'une certaine part d'artifice.

Les tenants de l'*ultra vires* sont, comme nous l'avons vu, intéressés avant tout par inscrire le contrôle des juges dans un contexte permettant de le légitimer. En somme, la question n'est pas de déterminer la véritable base de la *judicial review* mais celle qui permet le mieux de la justifier. C'est ce que Mark Elliott nomme la « cohérence structurelle» du recours : il doit être conforme aux principes constitutionnels du système juridique[1453]. La conclusion ne découle pas d'un raisonnement. C'est l'inverse qui se produit : il est nécessaire d'arriver à une certaine conclusion (concilier la *judicial review* et la souveraineté du Parlement) et pour cela il faut déterminer comment y parvenir. La doctrine de l'*ultra vires* joue ce rôle. Il faut alors, à tout prix, ramener chaque élément à la volonté du Parlement. En étirant au maximum ce concept, Mark Elliott fait ressortir l'idée « d'intention générale présumée » du Parlement. Ce sont les juges qui déterminent cette intention. Dès lors, ils en définissent le contenu, et de là, leur propre rôle. L'intention du Parlement n'a donc pas de contenu substantiel. Il doit être mis en évidence, au cas par cas, par les juges. On voit alors que leur rôle n'est pas prédéfini. Il a avant tout pour exigence de devoir se justifier par l'utilisation de l'intention du Parlement.

Cette grande part d'artificialité est clairement admise par les auteurs. Elle fait partie intégrante de la doctrine de l'*ultra vires*. William Wade et Christopher Forsyth admettent qu'elle comporte des « artifices nécessaires »[1454]. Les éléments pouvant conduire les cours à déclarer un acte illégal sont nombreux et « ils doivent entrer de force dans le moule de la doctrine de l'ultra

1452. *A. v. Secretary for the Home Department* [2004] UKHL 56, [29].
Voir également le discours de Lord Sumption, prononcé lors de la 27e édition du Sultan Azlan Shah Lecture, le 20 novembre 2013 intitulé « The limits of Law » (https://www.supremecourt.uk/docs/speech-131120.pdf).
1453. ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 23-26
1454. WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, p. 29.

vires, car sinon les cours seraient impuissantes »[1455]. Christopher Forsyth, dans ses écrits, reprend la critique faite à sa doctrine par différents auteurs la qualifiant de « conte de fées » ou encore de « feuille de vigne » cachant le véritable principe justifiant la *judicial review*, et le pouvoir créateur des juges[1456]. Loin de nier totalement ces accusations, l'auteur abonde dans le sens de ces opposants. Selon lui, « la feuille de vigne, comme le maillot de bain sur une plage bondée, permet de préserver une forme de décence. Il permet aux individus d'interagir de façon appropriée sans troubler l'ordre social »[1457]. L'*ultra vires* permet alors de cacher la réalité pour permettre de bonnes relations entre les pouvoirs. L'auteur confirme en énonçant que « personne n'est innocent au point de supposer que la créativité judiciaire ne compose pas les fondements de la judicial review ; mais en adhérent à la doctrine de l'ultra vires le pouvoir judiciaire démontre qu'il adhère à sa propre position constitutionnelle et reconnaît que le Parlement est libre d'écarter les principes de judicial review créés par les juges »[1458]. Dans un autre article, il reconnaît que la différence entre la doctrine de l'*ultra vires* et celle de *common law*, qui la concurrence, repose « simplement sur l'articulation de ce qui est clairement une construction artificielle : l'intention du Parlement »[1459]. La même conclusion est tirée par Mark Elliott. La liaison entre le contrôle substantiel des juges et l'intention du Parlement « implique un degré d'artifice »[1460]. Plutôt que de regretter cette caractéristique pour la théorie de l'*ultra vires*, l'auteur y voit « sa plus grande force »[1461].

Cependant, une critique particulière peut être faite sur le travail du professeur Elliott. Si sa théorie repose sur l'intention générale présumée du Parlement, il admet qu'il est des cas dans lesquels le législateur a expressément renvoyé la définition des limites des pouvoirs de l'administration aux cours[1462]. Une loi peut donc clairement affirmer qu'un terme qu'elle contient doit avoir la même définition que celle donnée par la jurisprudence[1463]. Néanmoins, l'auteur

1455. *ibid*., p. 30.
1456. La première expression est utilisée par Lord Woolf : WOOLF (H.), « Droit Public – English Style », *PL* 1995, pp. 57-71, p. 66. Il reprend les termes de Lord Reid.
La seconde expression est attribuée à Sir John Laws par Christopher Forsyth : FORSYTH (C.), « Of Fig Leaves and Fairy Tales : The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review », *op. cit.*, p. 29.
Voir également : WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, p. 9.
1457. FORSYTH (C.), *ibid.*, p. 42.
Cette vision est reprise et soutenue par Mark Elliott : ELLIOTT (M.), « The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Settings : Still the Central Principle of Administrative Law », p. 96 et « Legislative Intention Versus Judicial Creativity ? Administrative Law as a Co-operative Endeavour », pp. 341-369 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit.*
1458. *idem*.
1459. FORSYTH (C.), « Heat and light : a plea for a reconciliation », p. 396 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit*.
1460. ELLIOTT (M.), « The demise of the Parliamentary sovereignty ? The implications for justifying judicial review », *op. cit.*, p. 136.
1461. *idem*.
1462. ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 110-111.
1463. *idem*. L'auteur prend l'exemple du *Occupiers' Liability Act* de 1957. Cette loi opère un renvoi explicite, pour ce qui est de la définition du terme « locataire », au sens classique qu'il peut avoir en *common law*.

n'explique pas pourquoi le Parlement prend parfois cette peine alors que son silence est considéré comme opérant automatiquement ce renvoi. S'il ressent la nécessité d'être explicite cela signifie alors, *a contrario*, que lorsqu'il ne l'est pas, son silence ne devrait pas pouvoir être interprété afin de lui faire produire la conséquence similaire : celle du renvoi vers les juges. En somme, seule la volonté expresse contraire du Parlement peut aller contre la compétence des cours. Cela renforce encore le caractère artificiel de la théorie. Mais, bien plus, cette imprécision dénote qu'elle a pour but de justifier, *a posteriori*, le contrôle des juges en le rattachant à l'intention factice du Parlement. De ce point de vue, l'*ultra vires* repose sur des bases fragiles.

La doctrine anglaise a toutefois produit une théorie permettant de justifier la *judicial review.* Les juges, par son biais, font respecter la loi. Elle est l'outil nécessaire de la volonté du Parlement souverain. Cette légitimité est limitée. Si l'acte contrôlé peut être situé au sein du champ de compétence octroyé par le Parlement, les cours ne peuvent intervenir. Faire cela reviendrait à violer l'intention du Parlement et la séparation des pouvoirs. Ces deux éléments de la *judicial review* se retrouvent lorsque l'on aborde l'étude du contrôle classique opéré. Les juges exercent un contrôle certes fort et légitime, mais matériellement limité.

Section II. Un fondement porteur d'une limite claire : l'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur

Si le respect de la loi est traditionnellement présenté comme l'objet et le moteur du recours pour excès de pouvoir, il en constitue aussi la borne[1464]. Le juge ne peut aller au-delà. Il doit se cantonner à ce rôle de gardien de la volonté législative. L'*ultra vires* permet tout à la fois de légitimer et de délimiter le rôle des juges exerçant un contrôle par voie de *judicial review*. À ce titre, le principe de séparation des pouvoirs a une place structurante importante. Il ne doit jamais être perdu de vue lorsque les questions des modalités de contrôle sont abordées.

Dès lors, dire que les juges se fondent sur le respect de la volonté du Parlement ne leur octroie pas un blanc seing. Bien au contraire, ils se doivent également de s'y conformer, afin d'éviter une situation quelque peu contradictoire consistant à violer l'intention du législateur dans un contrôle ayant vocation à en assurer la bonne exécution. Tout comme l'action administrative a des limites, le contrôle juridictionnel a donc les siennes. Elles résident principalement dans la nécessité de ne pas remplacer l'administration agissant dans son domaine légitime. Ainsi, chacun des deux pouvoirs à son pré-carré et ne doit pas en sortir. En cela, le juge, qu'il soit français ou anglais, ne peut faire acte d'administrateur. Seulement, les juges définissent, en partie, les frontières qu'ils ne doivent pas franchir. Les réflexions sur cette question peuvent ainsi porter tant sur des œuvres doctrinales que sur des jugements. Elles démontrent une certaine relativité dans le tracé des limites du contrôle juridictionnel.

Ici, deux situations importantes seront traitées. D'une part, et c'est le point le plus fondamental, les juges vont se refuser à contrôler toutes les déterminations effectuées par l'administration. Cela signifie qu'ils posent une limite matérielle à leur contrôle, traduite par l'utilisation des notions d'opportunité et de *merits* (I.). D'autre part, une fois l'illégalité constatée, les juges ne vont pas s'autoriser, pour autant, à décider en lieu et place de l'administration. En cela, leur rôle est essentiellement celui d'un censeur, remettant en cause, mais ne pouvant agir pour corriger eux-mêmes l'erreur (II.).

1464. DUBISSON (M.), *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, thèse, 1958, LGDJ, Paris, 281 pages ; PASBECQ (C.), « De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir », *RDP* 1980, pp. 803-849 ; BRAIBANT (G.) et STIRN (B.), *Le droit administratif français*, éd. Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 7e éd., 2005, 652 pages, p. 289 ; MESMIN d'ESTIENNE (J.), « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire », *RFDA* 2016, pp. 545-555.

I. Une limite fluctuante dans le champ du contrôle : l'impossibilité de contrôler toutes les déterminations de l'administration

S'il est nécessaire de mettre des limites à l'action administrative, il en va de même pour le contrôle des juges. Ces deux éléments sont souvent interconnectés, mais également fluctuants et relatifs. Toutes les questions de définition du contrôle des juges peuvent ainsi se résumer par référence à lui : est-ce de la compétence des cours que de contrôler tel élément de la décision ? Cela ne relève-t-il pas, plutôt, du pouvoir octroyé par le Parlement à l'autorité décisionnaire ? Le problème est que la réponse n'est pas toujours la même. Elle fluctue avec le temps et selon le développement du contrôle des juges. Ces derniers maîtrisent en grande partie la frontière qui se dresse entre eux et le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Cette affirmation vaut tout autant dans la définition de ce qui constitue l'opportunité d'un acte administratif au sein du recours pour excès de pouvoir (A.), que du refus de contrôler les *merits* d'un acte par la voie de la *judicial review* (B.).

A. L'impossibilité relative pour le juge de la légalité de contrôler l'opportunité des actes de l'administration

Selon la célèbre formule de l'arrêt *Camino*, « le Conseil d'État ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir »[1465]. Malgré le classicisme de cette affirmation, la question de la définition de l'opportunité est toujours en suspens[1466]. Après en avoir précisé le sens, nous verrons que le refus d'un contrôle de l'opportunité est constant en jurisprudence, malgré les diverses contestations venant de la doctrine (1.). Le refus de contrôler l'opportunité d'une décision reflète l'image que le juge se fait de son

1465. CE, 14 janvier 1916, *Camino*, rec. 15 ; GAJA 21e éd., n°28. L'expression se retrouve l'année précédente, dans un arrêt *Crémieux et Fauché*, rendu le 14 mai 1915 (rec. 466) : « aucune disposition législative ne s'oppose à ce qu'un conseil général charge un ou plusieurs de ses membres de suivre telle ou telle affaire en cours sauf à les indemniser de leurs débourses ; qu'il n'appartient pas au Conseil d'État, statuant au contentieux, d'apprécier l'opportunité des résolutions ainsi prises ».
L'idée, quant à elle, est plus ancienne, même si le terme « opportunité » ne s'y trouve pas expressément mentionné. Par exemple, concernant le refus constant du Conseil d'État, jusqu'au début du XXe siècle, de contrôler les motifs d'un acte administratif, Pierre Landon relève que « le Conseil d'État sent d'instinct qu'avec l'« erreur de fait » on va l'entraîner dans un contrôle de l'activité administrative plus serré qu'il ne le désire, - pour parler comme lui : dans le contrôle de l' « opportunité » des actes administratifs » (LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, LGDJ, Paris, 1962, 196 pages, p. 94). Au soutien de cette affirmation, l'auteur cite, entre autres, l'arrêt *Demoiselles Abadie*, dans lequel le juge relève que les requérantes « n'invoquent à l'appui de leur requête aucun moyen pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir » (CE, 23 février 1906, rec. 192). Elles se prévalaient ici de ce qui serait aujourd'hui qualifié d'erreur sur la matérialité des faits.
1466. MESMIN d'ESTIENNE (J.), *ibid.*, pp. 545-548.

office, et qu'il renvoie à ses divers observateurs. Il repose sur des fondements solides (2.). S'en tenir à une telle appréciation serait néanmoins trompeur. L'opportunité n'est pas une barrière véritablement infranchissable. Plus précisément, la frontière entre elle et la légalité est souple. Or, cette ligne de démarcation est maîtrisée par le juge lui-même. Il détermine largement sa propre compétence vis-à-vis de l'acte qui lui est soumis (3.).

1. Un refus clair

Afin de comprendre en quoi les juges refusent classiquement de porter leur regard sur l'opportunité des actes qui leur sont soumis, il faut d'abord définir cette notion. L'on verra alors qu'elle entretient des liens forts avec l'idée de pouvoir discrétionnaire (a.). Cependant, cette idée est contestée avec force par une partie de la doctrine qui voit dans l'extension du contrôle du juge une remise en cause de la dichotomie entre légalité et opportunité. Malgré le poids de ces affirmations et l'autorité scientifique de ceux qui les portent, il est nécessaire de toujours opérer une claire distinction entre ces deux notions (b.). D'autant plus que le rejet d'une appréciation de l'opportunité est toujours constant en jurisprudence (c.).

a. La définition de l'opportunité : le lien avec le pouvoir discrétionnaire

Il faut entendre par « opportunité », une décision qui serait prise en fonction des circonstances qui l'entourent[1467]. C'est ce qui ressort tant des études de doctrine que des définitions juridiques.

Pour Roger Bonnard, « la décision doit être telle qu'elle s'adapte aux éléments d'où elle procède. Si donc plusieurs décisions sont possibles, il faudra apprécier quelle est celle qui convient d'après les motifs. C'est là ce qu'on appelle spécialement l'opportunité d'une décision, ou d'une abstention, leur bien fondé. Une décision ou une abstention sont opportunes lorsque, les motifs ayant été exactement appréciés, elles cadrent avec ces motifs »[1468]. Prise en ce sens, l'opportunité porte sur les motifs et le contenu de la décision, ainsi que sur le rapport du second aux premiers.

1467. *idid*, p. 546 ; PASBECQ (C.), « De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir », *op. cit.*, p. 804.
1468. BONNARD (R.), « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP* 1923, pp. 363-392, pp. 370-371.

L'opportunité est ainsi liée avec le pouvoir discrétionnaire[1469]. Ce dernier peut être considéré comme le pouvoir « qui réside dans le choix de la mesure à prendre, sur la base de considérations de fait »[1470]. Plus précisément, le pouvoir discrétionnaire s'exprime dans le cadre du droit. Il est la liberté laissée, ici à l'administration, par la règle de droit. Dit autrement, c'est « *le pouvoir de choisir* entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) *également conformes à la légalité* »[1471]. Dans sa note sur l'arrêt *Grazietti*, Hauriou lie le pouvoir discrétionnaire et la capacité de l'administration à apprécier l'opportunité d'une décision[1472]. En conséquence, pour l'arrêtiste, « ce pouvoir est discrétionnaire, parce que le juge administratif n'est pas juge de l'opportunité ; l'appréciation de l'opportunité est laissée entièrement à l'administration active ; elle constitue son domaine réservé »[1473].

D'ailleurs, Pierre Delvolvé souligne la contradiction interne de l'expression « contrôle de l'opportunité ». En effet, « les deux mots seraient […] incompatibles : le contrôle se référant à une norme, et l'opportunité étant hors norme, il ne pourrait y avoir contrôle de l'opportunité ; ou encore, s'il y a contrôle, c'est qu'il ne concerne pas l'opportunité »[1474]. Le pouvoir discrétionnaire, mettant en jeu l'opportunité des décisions, ne peut être contrôlé, sans être dénaturé[1475]. René Chapus tire une conclusion similaire. L'auteur fait de la liberté une nécessité pour l'administration. Plus précisément, elle lui permet d'adapter son action à ce que requiert l'intérêt général. Elle doit alors pouvoir apprécier l'opportunité des décisions à prendre. Pour cela, elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire[1476]. Enfin, Lino Di Qual relève que, selon la présentation doctrinale classique, en ne

1469. Pour une critique de cette idée : DUBISSON (M.), *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, voir pp. 35-39.
1470. WALINE (M.), « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP* 1930, pp. 197-223, pp. 198-199 ; LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, *op. cit.*, p. 165 et aussi p. 189 ; HOURSON (S.), « Quand le principe d'égalité limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire : le précédent administratif », *RFDA* 2013, pp. 743-754, notamment pp. 743-744 ; DEBBASCH (C.) et COLIN (F.), *Droit administratif*, 11e éd., Economica, Paris, 2014, 752 pages, pp. 107-108 ; FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administrati*f, 10e éd., *op. cit.*, pp. 366-367, et p. 549.
1471. CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, p. 1056 (C'est l'auteur qui souligne).
1472. CE, 31 janvier 1902, *Grazietti*, rec. 55, *S.* 1903, pp. 113-114, note M. Hauriou, p.113.
1473. *idem*.
1474. DELVOLVE (P.), « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », pp. 269-312, p. 271 in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ, Paris, 1988.
1475. *idem* (c'est l'auteur qui souligne).Voir aussi : VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.), *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, Paris, 1991, 280 pages, p. 95.
1476. CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, p. 1056.
DEBBASCH (P.) et COLIN (F.), *Droit administratif*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 107-108 : « Le pouvoir est *discrétionnaire* lorsque l'administration possède une totale compétence d'appréciation en fonction des circonstances. Dans une telle hypothèse, la légalité n'est pas contraignante pour l'administration, celle-ci se livre à une appréciation *d'opportunité* au terme de laquelle elle peut agir dans un sens ou dans l'autre ». (Ce sont les auteurs qui soulignent).
FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, 10e éd., *op. cit.*, p. 568 : « jusqu'où l'action administrative doit-elle être régie par la légalité, et à partir de quant faut-il laisser l'autorité décider en opportunité ? En raison de son approfondissement croissant, le contrôle juridictionnel paraît certes se rapprocher de l'opportunité, mais en réalité ne fait qu'intégrer dans la légalité ce qui relevait jusqu'ici de celle-là. L'opportunité est comme les mirages ; chaque fois qu'on s'en approche, elle recule pour réapparaître plus loin, car il reste presque toujours à un stade ou un autre de la décision une marge de choix. Ce qui relevait de l'opportunité entre dans la légalité quand le juge décide de la vérifier,

contrôlant pas l'opportunité d'une décision, « le juge reconnaît à l'Administration du pouvoir discrétionnaire (C'est là une vérité d'évidence) »[1477]. L'opportunité est donc ce qui constitue le cœur du pouvoir discrétionnaire : la liberté de l'administration soustraite au contrôle du juge[1478].

La définition qui ressort de différents dictionnaires, juridiques ou de français, apporte un éclairage intéressant sur la question.

Dans le langage courant tout d'abord, et selon le *Dictionnaire historique de la langue française*, le terme « opportun » provient du latin « opportunus » qui signifie « qui pousse vers le port »[1479] . Est alors opportun ce « qui vient à propos, convient à la situation du moment »[1480] ou encore « qui convient aux circonstances ; qui survient à propos »[1481]. Ainsi, agir de façon opportune, c'est réagir de la meilleure des façons possibles, eu égard à la situation qui se présente à nous. Il a indéniablement une dimension subjective. Ce qui est jugé opportun varie selon les considérations de chacun par rapport à ce qui est le mieux adapté. Dès lors, est opportun ce qui est « convenable » ou encore « bon, favorable, propice », ce qui « tombe à point nommé »[1482]. En somme, l'opportunité est le pouvoir, pour une autorité, de décider ce qu'est la bonne décision, à ses yeux, au regard des données d'une situation, c'est-à-dire la décision qu'il est opportun de prendre. En revanche, ce qui est opportun pour une autorité pourra ne pas être apparaître ainsi pour une autre. La divergence d'appréciation importe peu tant que l'autorité décisionnaire est celle qui détient le pouvoir discrétionnaire. Sans pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire sans liberté de choix, l'opportunité n'a pas de sens ; elle ne s'exprime que dans la détermination de ce qui apparaît comme étant le plus adapté. Et c'est en cela qu'il y a une opposition nette entre l'opportunité et la légalité dans le contrôle juridictionnel.

En effet, dans un sens plus juridique, l'opportunité est définie par opposition à la légalité ; la première se compose de « l'ensemble des considérations d'intérêts, d'utilité et de justice amenant une autorité à faire tel acte ou à donner telle solution à une affaire dont elle est saisie »[1483] ou encore elle est le « caractère de ce qui est possible, utile ou bien fondé » et elle « peut marquer une appréciation discrétionnaire des circonstances »[1484]. Or, si l'appréciation est discrétionnaire, c'est qu'elle laisse une marge de manœuvre à l'autorité décisionnaire, qui agira en opportunité, ce qui

elle réapparaît là où s'arrête son contrôle ».
1477. DI QUAL (L.), *La compétence liée*, thèse, LGDJ, Paris, 1964, 626 pages, p. 183.
1478. *ibid*., p. 122.
1479. *Dictionnaire historique de la langue française*, sous la dir. de A. Rey, Dictionnaire Le Robert, Paris, 1998, p. 1470.
1480. *idem*.
1481. *Le petit Larousse illustré*, Larousse, Paris, 2016, entrée « opportun ».
1482. *Dictionnaire culturel en langue française*, sous la dir. de A. Rey, Dictionnaire Le Robert, Paris, 2005, p. 1147.
1483. *Vocabulaire juridique*, 11e éd., sous la dir. de G. Cornu, PUF, Paris, 2016, pp. 712-713.
1484. PUIGELIER (C.), *Dictionnaire juridique*, éd. Larcier, Bruxelles, 2015, 1068 pages, p. 687.

signifie selon des considérations propres guidant son action et ses choix. À ce titre, certains dictionnaires opposent « opportunité » et « légalité » dans un domaine en particulier : celui des poursuites en matière pénale. L'opportunité des poursuites est le « principe procédural en vertu duquel la liberté est reconnue aux magistrats du *ministère public* de ne pas déclencher de poursuites pour un fait présentant toutes les caractéristiques d'une infraction »[1485]. Ce principe est alors mis en opposition à celui de légalité des poursuites qui est « le système selon lequel le ministère public est tenu d'engager des poursuites dès lors que les agissements portés à sa connaissance renferment […] tous les éléments d'une infraction »[1486]. En substance, ce qui diffère, c'est bien la liberté du ministère public d'engager ou non une action ; en un mot, la présence ou non d'un pouvoir discrétionnaire. Dans le premier cas, il pourra décider s'il est opportun d'agir ou non, car il a la capacité légale d'agir en opportunité.

b. Un lien contesté menant à un constat de contrôle de l'opportunité d'un acte par le juge

Plusieurs auteurs ont pu contester qu'il existe une relation entre opportunité et pouvoir discrétionnaire[1487]. Différents arguments ont pu alors être avancés. Pour autant, il nous semble que cette perspective est erronée. Dans la plupart des cas, la rupture entre pouvoir discrétionnaire et opportunité repose sur une confusion entre le rôle des juges et le rôle de l'administration.

Lino Di Qual, dans sa thèse portant sur la compétence liée, soutient une telle distinction[1488]. Selon l'auteur, le pouvoir discrétionnaire ne vise pas seulement à permettre à l'administration d'apprécier l'opportunité des décisions administratives[1489]. Il se repose aussi au sein de certaines questions de droit. Tel est le cas de la qualification d'un comportement comme constituant une « faute » ; de même, parler de « perspective monumentale » peut être l'expression d'un pouvoir discrétionnaire. Si le juge refuse de contrôler une telle qualification alors l'administration dispose bien d'un tel pouvoir qui s'exprime alors sur une question de droit, et non d'opportunité.

Cette affirmation ne nous paraît pas exacte. Elle confond deux choses : la façon de décider du juge et celle de l'administration. Prenons le cas des sanctions disciplinaires. Pour qu'une sanction

1485. *Lexique des termes juridiques*, 24e éd., sous la dir. de S. Guinchard et T. Debard, Dalloz, Paris, 2016, pp. 757-758 (C'est l'auteur qui souligne).
1486. *Vocabulaire juridique*, 11e éd., *op. cit.*, p. 601.
1487. Voir, en plus des auteurs explicitement cités : CHABANOL (D.), « Contrôle de légalité et liberté de l'administration », *AJDA* 1984, pp. 14-17 ; PASBECQ (P.), « De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir », *op. cit.*, pp. 820-836.
1488. DI QUAL (L.), *La compétence liée*, *op. cit.*
1489. *ibid.*, p. 126.

disciplinaire soit prise à l'encontre d'un agent, il est nécessaire que celui-ci ait commis une faute. La détermination d'un comportement comme étant fautif est bien une qualification qui a des conséquences, c'est-à-dire la possibilité de prendre une sanction. Lorsque le juge contrôle cette qualification, on dit qu'il opère une qualification juridique des faits. Son rôle est de dire ce que, légalement, il faut entendre par « faute ». Plus précisément, il lui revient de décider si tel comportement peut être qualifié ainsi. Lorsque l'autorité décisionnaire opère la même qualification, elle ne le fait pas afin de donner une définition légale du comportement. Son but est de répondre à une situation de fait, comme cela lui semble approprié. Elle n'a pas à décider ce que, juridiquement, il faut entendre par « faute ». Ce que l'autorité fait, en prenant sa décision, c'est assurer la discipline et le bon fonctionnement du service. Ainsi, est-il choquant de penser que, par exemple, la qualification de « faute » pourrait ne pas être retenue contre un agent, eu égard à ses mérites professionnels ? Ou inversement, qu'un comportement sera déclaré fautif par l'administration, du fait de la récurrence des problèmes posés par l'agent ? Dans un tel cas de figure, la décision de l'administration est bien, en l'absence de contrôle juridictionnel, faite discrétionnairement et en fonction de l'opportunité administrative. Si le juge s'en saisit, il en traitera comme une question de droit, car le rôle du juge de l'excès de pouvoir est de contrôler la légalité de la décision. L'affirmation de Di Qual revient à dire la chose suivante : une question est toujours traitée de la même façon, car elle a une nature unique. Selon nous, une question peut être abordée sous différents angles. Cela ne signifie pas que la réponse sera différente, mais les considérations qui y ont conduit peuvent être fondamentalement différentes. Dans ce cas de figure d'ailleurs, la réponse sera à la fois légale et opportune ; ou illégale et inopportune[1490].

Certains auteurs vont jusqu'à affirmer que l'opportunité est devenue une condition de la légalité. Tel est le cas de Marcel Waline[1491]. En opérant son contrôle, le juge va nécessairement devoir contrôler l'opportunité de la décision prise[1492]. Michel Dubisson suit une logique similaire.

1490. Mais, les réponses peuvent être différentes. L'acte de l'administration peut être opportun, mais illégal ; il peut aussi être inopportun, mais légal. Voir : WALINE (M.), « Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE* 1956, pp. 25-33, p. 27 ; DUBISSON (M.), *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, voir notamment pp. 36-37 ; MESMIN d'ESTIENNE (J.), « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire ? », *op. cit.*, p. 548.

1491. WALINE (M.), « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *op. cit.* ; « Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *op. cit*.

1492. Pour Marcel Waline, « il y a en effet bien des cas où une décision ne peut être légalement prise que si elle s'avère nécessaire. Or, la nécessité n'est qu'un superlatif de l'utilité ou de l'opportunité ; et, à ce titre, trancher une question de nécessité est nécessairement trancher, par *a fortiori*, une question d'opportunité » : « Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE* 1956, pp. 25-33, p. 27.

On retrouve une affirmation similaire dès 1930, dans son article paru à la *Revue de Droit Public* (« Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *op. cit.*, p. 223) : « toutes les fois qu'une liberté publique est restreinte par une mesure de police, la mesure n'est légale qu'à la condition d'être nécessaire, donc opportune ; et l'autorité juridictionnelle, gardienne des libertés publiques, en vertu du principe de légalité, devra, saisi d'un recours, vérifier cette nécessité et cette opportunité, ce qui a pour conséquence de supprimer le pouvoir discrétionnaire de l'administrateur en cette matière ».

L'auteur a consacré sa thèse à l'étude de la légalité et de l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir[1493]. Selon lui, la légalité et l'opportunité ne portant pas sur un objet similaire, il n'est pas possible de les opposer. Jeanne Mesmin d'Estienne, dans un article paru récemment, va encore plus loin. L'auteur soutient l'existence d'une dichotomie entre contrôles de légalité et d'opportunité : « la distinction essentielle entre le contrôle d'opportunité et le contrôle de légalité résulte en effet, non du résultat effectif du contrôle, mais des référentiels mobilisés par le juge pour effectuer ce dernier. Dans le cadre du contrôle de légalité, c'est en dernier ressort à la norme juridique que le juge va se référer tandis que dans le contrôle de l'opportunité c'est sur la notion d'intérêt général que le juge va s'appuyer »[1494]. Il faudrait alors distinguer les deux types de contrôle. La qualification juridique des faits et la proportionnalité seraient les archétypes d'un contrôle d'opportunité, car ils impliquent des considérations sur l'intérêt général.

Nous apporterons une réponse similaire à ces affirmations : le juge peut avoir à apprécier des éléments d'opportunité, au titre de son contrôle de légalité, sans toutefois basculer dans un contrôle de l'opportunité. Dans ce dernier, la logique qui préside est très différente de celle guidant le juge.

Par exemple, Marcel Waline appuie son propos en prenant le cas de la réglementation par les maires des processions et cortèges sur la voie publique. De telles manifestations religieuses peuvent être interdites en cas de troubles à l'ordre public. Waline en conclut donc : « Si tel cortège doit troubler l'ordre public, il est à la fois légal et opportun de l'interdire » et « si au contraire le cortège ne doit pas troubler l'ordre public, il est à la fois inopportun et illégal de l'interdire »[1495]. L'opportunité devient une condition de légalité dont le juge connaît.

Il nous semble que l'interprétation de Waline est exagérée. Imaginons une procession dont le déroulement provoquerait, presque à coup sûr, un trouble à l'ordre public. Le Conseil d'État jugera, suivant l'exemple de l'auteur, la mesure d'interdiction comme légale. Mais, le maire peut décider de

1493. DUBISSON (M.), *ibid*.
Trois cas de figure se présentent : il existe une règle légale ; il existe une règle légale et jurisprudentielle ; il existe seulement une règle jurisprudentielle. L'auteur apportant une conclusion similaire dans les deux derniers cas. Nous nous intéressons ici au premier. Le juge ne décide qu'en fonction de la loi. L'auteur admet alors que le contrôle ne fait pas appel à l'opportunité. Une limite apparaît : lorsque le juge écarte la loi, car son application donnerait naissance à une décision inopportune. Il en va ainsi lorsqu'entrent en jeu des circonstances exceptionnelles (*ibid*., pp. 61-62).
1494. MESMIN d'ESTIENNE (J.), « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire », *op. cit.*, p. 549.
Elle y affirme également : « Le principe de l'égalité étant indépendant du principe d'opportunité, le contrôle d'opportunité tant indubitablement opéré par le juge administratif et l'assimilation des deux contrôles conduisant à une dénaturation du contrôle de légalité, une question s'impose : ne serait-il pas nécessaire, voire pertinent de reconnaître l'existence d'un contrôle d'opportunité exercé par le juge administratif ? ». La réponse de l'auteur est claire : « il ne paraîtrait pas aberrant de reconnaître, aux côtés de ce premier contrôle, la possibilité pour le juge d'effectuer un contrôle d'opportunité ».
1495. WALINE (M.), « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *op. cit.*, p. 222.

ne pas interdire l'événement au motif que, provoquant la venue de nombreuses personnes, elle conduirait à accroître la renommée de la ville, son attrait touristique et donc économique. Au regard de ces considérations, le maire jugera l'interdiction inopportune, mauvaise. La situation inverse peut être prise à titre d'illustration. L'absence de troubles pour l'ordre public, rendant l'interdiction illégale, peut ne pas empêcher le maire de juger opportune la non tenue du cortège : elle mobiliserait des forces de l'ordre, nécessaires pour encadrer la procession, elle pourrait donner une mauvaise image de la ville (aux yeux des laïcs les plus virulents). En fait, question de légalité et question d'opportunité se découplent, car la logique du juge (résoudre une question de légalité) n'est pas la même que celle du maire (administrer sa ville).

Les propos tenus par Marcel Waline à propos de l'arrêt *Heyries* nous paraissent plus adaptés[1496]. Dans cette affaire, le Conseil d'État a jugé que la suspension, par un décret de 1914, de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, portant sur la communication aux agents publics de leur dossier avant que ne soit prononcée contre eux une mesure disciplinaire, n'était pas illégale. Elle se justifiait par les circonstances exceptionnelles qui touchaient alors la France. Pour le juge administratif suprême, le président de la République doit « veiller à ce qu'à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ». De cela, Marcel Waline en infère qu' « il est incontestable que le Conseil d'État a jugé l'affaire au fond, et que la solution qu'il a consacrée s'inspire de considérations d'opportunité administrative au moins autant que de considérations juridiques »[1497]. La formulation de l'idée de l'auteur se fait en des termes quelque peu différents de ceux relevés jusque-là. Il parle de « considérations d'opportunité administrative » qui se distingueraient des « considérations juridiques ». Cette distinction, et la citation que nous venons de faire de Waline, ne peuvent être qu'approuvées. Il est certain que le juge ne prend pas en compte que des considérations juridiques dans son contrôle. D'ailleurs, les considérations non juridiques peuvent avoir un poids très important dans la solution retenue. L'affaire *Heyriès* en est un exemple topique. Pour autant, cela ne revient pas à un contrôle de l'opportunité de la décision. Que fait le juge dans l'affaire *Heyriès* ? Il juge le décret en cause légal. La légalité découle principalement du contexte de l'affaire et donc d'éléments circonstanciels. Il peut donc y avoir une dose d'opportunité dans la définition de la légalité, pour l'adapter au contexte, mais qui se distingue de l'opportunité administrative. Mais, l'appréciation du juge reste celle de la légalité de l'action administrative[1498].

1496. CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, rec. 651 ; GAJA 21e éd., n°30.
Voir également : DUBISSON (M.), *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 61-62.
1497. *ibid*., p. 223.
1498. En définitive, la situation est parfaitement résumée par René Chapus. Pour lui, une même décision peut s'inscrire

Cette analyse s'étend aussi aux idées de Jeanne Mesmin d'Estienne. L'intérêt général est le but de l'action administrative. En son absence, la personne publique ne peut jouir de prérogatives particulières, ni être soumise à des sujétions exorbitantes. Il n'est ainsi par anormal que le juge prenne cette notion en compte dans son contrôle. Pour autant, est-ce un contrôle de l'opportunité de la décision ? Il ne nous semble pas. Le contrôle du détournement de pouvoir, qui consiste à veiller à ce que l'administration agisse toujours, à titre principal, dans un but d'intérêt général, n'est pas considéré comme un contrôle de l'opportunité de sa décision. Si l'administration pouvait actionner ses pouvoirs exorbitants, dans n'importe quel but, alors son action serait considérée comme arbitraire. En affinant son contrôle, le juge ne fait que veiller, plus scrupuleusement, à ce que l'administration ne dépasse pas ce que lui autorise l'intérêt général. Le but est ainsi de lui interdire de prendre des mesures qui, poursuivant un but d'intérêt général, n'en violent pas moins pour autant certaines normes. En faisant cela, le juge peut être amené à prendre en compte des éléments non juridiques[1499].

dans deux états du droit différents. Il prend l'exemple du choix d'une sanction : dans un premier cas, l'autorité administrative peut être libre, car le droit (texte et jurisprudence) ne lui impose pas une sanction en particulier à prendre, mais lui laisse un choix ; dans un second cas, qui peut succéder chronologiquement au premier, le droit (texte et jurisprudence) peut poser, comme condition de la légalité du choix de la sanction, la nécessité que celle-ci entretienne un rapport raisonnable de sévérité avec le comportement fautif. Et René Chapus de conclure : « ce qui était question d'opportunité dans le premier état du droit est devenu dans le second question de légalité. Il ne faut pas donc croire que la conséquence du changement de l'état du droit est que désormais le juge exerce son contrôle sur des questions d'opportunité. […] en conséquence de la progression du contrôle, ce qui était question d'opportunité devient question de légalité, et, finalement, il n'y a jamais de contrôle que de la légalité ». Un tel contrôle ne porte pas sur l'opportunité, car, *in fine*, c'est le droit que le juge fait respecter. En disant le droit, il énonce ce qu'il exige. Il y a donc une confusion opérée entre le rôle du juge et le rôle de l'administration dans l'appréhension de la décision. (CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, p. 1057).

1499. Par exemple, Jeanne Mesmin d'Estienne prend un jugement pour illustrer son propos : celui du tribunal administratif de Paris, rendu le 30 octobre 1995, concernant une décision de reconduite à la frontière d'une ressortissante étrangère (TA Paris, 30 octobre 1995, *Ben Guertouh Khadija*). Le tribunal considère la décision illégale car entachée d'une erreur manifeste. L'arrêt fait alors explicitement mention de l'intérêt de la présence de la requérante en France. L'auteur cite le passage suivant de l'affaire : « que, dans les circonstances de l'espèce, et eu égard notamment à l'intérêt de sa présence en France pour ses enfants avec lesquels elle a conservé des liens étroits, la décision de reconduite à la frontière prise à son encontre le 25 octobre 1995 par le préfet de Paris doit être regardée comme entachée d'une erreur manifeste quant à l'appréciation des conséquences de cette mesure sur la situation personnelle et familiale de Mme Ben Guertouh Khadija » (MESMIN d'ESTIENNE (J.), « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire », *op. cit.*, p. 551). L'auteur en tire l'analyse suivante : « L'évocation de « l'intérêt » de la présence de la ressortissante marocaine mis en rapport avec la décision d'expulsion est bien une appréciation d'opportunité qui ne dit pas son nom ». Mais, en fait, sans le dire explicitement, le jugement du tribunal administratif reproche à la décision de l'autorité du préfet de police de violer le droit de la requérante à une vie familiale normale.

Cela ressort clairement de l'arrêt rendu en appel, sur cette affaire, par le Conseil d'État (CE, 3 novembre 1997, *Préfet de police* c. *Ben Guertouh épouse Zairag*, rec. t. 864). La haute juridiction administrative s'appuie sur divers éléments pour démontrer l'atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale normale de la requérante : « l'intéressée est mère de deux enfants en bas âge confiés, par ordonnance du juge des enfants, au service de l'aide sociale à l'enfance ; que, bien qu'elle eût conservé sur ses enfants l'autorité parentale, elle n'était pas libre, contrairement aux allégations du préfet de police, de les emmener avec elle lors de son renvoi au Maroc, la mesure de placement ne pouvant être levée que par décision du juge compétent ; que, dans ces conditions, la décision attaquée du préfet de police a porté au respect de la vie familiale de Mme Ben Guertouh une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels ce refus lui a été opposé ; que, par suite, le préfet de police n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le jugement attaqué a annulé son arrêté du 25 octobre 1995 ». Ainsi, si le but de l'acte administratif est légitime et peut être poursuivi, ce n'est pas au détriment des droits de la requérante. En ce sens, la décision est illégale, non inopportune. L'analyse du Conseil d'État, bien qu'intégrant des éléments non juridiques, se rattache toujours à une appréciation de ce que le droit autorise

c. L'affirmation constante et claire d'un refus d'appréciation de l'opportunité par les juges

L'arrêt *Camino*, en étendant le contrôle du juge à l'exactitude matérielle des faits, en marque aussi la limite[1500]. Le Conseil d'État « ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui son déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir ».

Cette affirmation a été, depuis lors, reprise de façon récurrente pour marquer la frontière du contrôle juridictionnel. On peut penser, à ce titre, aux arrêts *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*[1501] et *SAFER d'Auvergne*[1502]. Récemment encore, a été rappelé que « s'il est soutenu que d'autres projets plus légers et moins coûteux, tels que la réalisation d'un tramway ou d'autres moyens de transport circulant en site propre, ou encore l'aménagement des lignes de transports en commun existantes auraient offert les mêmes avantages au prix d'inconvénients moindres, il n'appartient pas au Conseil d'État, statuant au contentieux, d'apprécier l'opportunité du projet retenu par comparaison avec d'autres projets d'infrastructures de transport ne répondant pas aux mêmes objectifs »[1503]. Le principe est donc clairement posé : les arguments d'opportunité ne peuvent être utilisés pour contester un acte administratif ; seuls des arguments de légalité sont invocables[1504].

De plus, le lien entre opportunité et pouvoir discrétionnaire apparaît nettement en jurisprudence. Le Conseil d'État affirme, par exemple, qu' « il appartient au préfet, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont il dispose sur ce point, d'apprécier, compte tenu de l'ensemble des éléments de la situation personnelle de l'intéressée, et notamment des violences conjugales alléguées, l'opportunité d'une mesure de régularisation »[1505]. Opportunité et pouvoir discrétionnaire sont mis en rapport par le juge. Tous deux expriment la liberté de l'administration, cette marge de manœuvre que le juge ne peut contrôler. En n'empiétant pas sur l'une, le juge préserverait l'autre.

Les conclusions des commissaires du Gouvernement et rapporteurs publics vont dans le même sens.

---

l'administration à faire ou non.

1500. CE, 14 janvier 1916, *Camino*, rec. 15 ; GAJA 21e éd., n°28.
Sur cette affaire, voir *infra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section, I, E, 2.

1501. CE, Ass., 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, rec. 657.

1502. CE, Ass., 5 mai 1976, *Société d'aménagement foncier d'établissement rural d'Auvergne et ministre de l'agriculture c/ Bernette*, rec. 232 ; GAJA 21e éd., n°81.

1503. CE, 22 juin 2016, *Société SCCV Huit Douze Liberté et autres*, n°388276, considérant 45.

1504. CE, 26 mars 1971, *Sieur Steffen*, rec. 257 : « dès lors, le sieur Steffen, qui n'invoque a l'appui de ses conclusions que des arguments d'opportunité, n'est pas fonde a soutenir que la disposition susmentionnée serait entachée d'excès de pouvoir ». Était concerné l'article 1er du décret du 2 décembre 1968 opérant la répartition des effectifs entre les classes du grade de pharmacien chimiste en chef. En revanche, l'article 3 du même décret limitant le nombre de pharmaciens chimistes pouvant bénéficier d'une dérogation ouverte par l'article 17 de loi du 31 juillet 1968 est illégal, au motif qu'il a posé « une limitation, non prévue par la loi ». On retrouve ici la dichotomie légalité/opportunité.
Pour d'autres arrêts, voir : ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II, *op. cit.*, pp. 572-575.

1505. CE, 30 juin 2016, *Mme Benharrat*, rec. t. 790, considérant 2 ; *AJDA* 2016, p. 1371, obs. D. Poupeau.

Dans ses conclusions sur l'arrêt *Dame Perrot*, le commissaire du Gouvernement Kahn identifie trois situations dans lesquelles peut se trouver l'autorité décisionnaire[1506]. Elle peut avoir une compétence liée, c'est-à-dire que sa décision sera entièrement dépendante des faits. Dans un deuxième cas, son pouvoir peut être conditionné par des faits, mais elle garde alors un pouvoir d'appréciation sur eux. Cependant, le contrôle juridictionnel est possible, car l'appréciation en cause constitue une question de légalité. Enfin, dans la troisième situation, l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Aucune condition de fait n'existe. Dès lors, ceux-ci relèvent entièrement de l'autorité administrative, puisque « le juge s'interdit de contrôler son appréciation des faits, qui devient une *question d'opportunité* ». En l'espèce, la Dame Perrot avait demandé au préfet un emplacement pour vendre ses marchandises sur un marché. En l'absence de réponse, l'affaire était remontée jusqu'au ministre. Celui-ci rejeta la demande, en invoquant deux motifs : d'une part, une discordance dans la déclaration du chiffre d'affaire effectuée par la Dame Perrot, entre celle faite à l'administration fiscale et celle venant au soutien de sa demande ; d'autre part, des retards dans les paiements de ses redevances. Le commissaire du Gouvernement relève qu'il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir de porter son appréciation sur la question de savoir si tel ou tel fait peut justifier la décision retenue. Cela constitue une question d'opportunité dont le juge ne peut être saisi. Plus précisément, Kahn note que la requérante ne pouvait pas relever l'absence de lien entre un retard dans le paiement de ses redevances et le refus de sa demande sur le fondement des nécessités de bon fonctionnement du marché[1507].

Les conclusions de Mattias Guyomar sur l'arrêt *Arfi* sont aussi révélatrices[1508]. Par son biais, le Conseil d'État a accepté de contrôler pleinement la proportionnalité d'une sanction professionnelle. Mattias Guyomar met en évidence que lorsqu'une question est d'opportunité elle ne peut relever du juge. Ainsi, pendant longtemps le Conseil d'État ne contrôlait pas le quantum de la sanction, car « il s'agissait d'une question de pure opportunité »[1509]. Cette position a évolué, et un contrôle est aujourd'hui opéré. Pour autant, il ne s'agit pas de contrôler l'opportunité de la sanction en elle-même, mais de fixer celles qui sont légalement possibles eu égard aux faits de l'espèce. Un plein contrôle de proportionnalité s'inscrit dans ce mouvement. Il affine l'appréciation du juge en permettant de borner plus précisément le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Il reste que ces bornes sont celles de la légalité ; et que le pouvoir discrétionnaire, se mouvant entre elles, permet à l'administration d'apprécier l'opportunité de la sanction. Dans ses conclusions, Mattias Guyomar

1506. CE, Ass., 12 janvier 1968, *Dame Perrot*, rec. 79 ; *AJDA* 1968, pp. 179-184, notamment p. 181.
1507. *ibid*., p. 183.
1508. CE, Sect., 22 juin 2007, *Arfi*, rec. 263 ; *RFDA* 2007, pp. 1199-1210, concl. Guyomar.
1509. *ibid*., p. 1201.

précise ainsi : « l'exercice d'un entier contrôle sur le choix de la sanction n'implique pas que, parmi l'arsenal répressif à la disposition de l'autorité compétente, une et une seule serait légale. Au regard de la gravité de la faute commise, certaines seraient insuffisantes ; d'autres excessives mais entre ces deux bornes, l'autorité administrative conserve une marge d'appréciation que ne remettra pas en cause l'approfondissement du contrôle que nous appelons aujourd'hui de nos vœux »[1510].

Sur ce point, les conclusions du commissaire du Gouvernement Dondoux, rendues dans un arrêt *GISTI*, du 6 décembre 1978, sont éclairantes[1511]. L'affaire concerne la question de la légalité d'un décret suspendant le droit au regroupement et au séjour familial des étrangers sur le territoire national, et ce, pour une période de trois ans. Le but est d'éviter que les étrangers admis à venir en France ne deviennent de nouveaux postulants sur le marché du travail. Le commissaire du Gouvernement conclut dans le sens de l'illégalité de l'acte. Mais, à la suite de cela, il fait deux observations. L'une d'elles porte sur l'opportunité du décret. En premier lieu, il rappelle au Conseil d'État sa position de principe : il ne peut ni juger ni tenir compte de l'opportunité de cet acte[1512]. En second lieu, il met en évidence l'inopportunité du décret[1513]. D'une part, il ne concerne qu'une très faible part des étrangers vivant en France, de l'ordre de 4%, selon lui. D'autre part, son influence sur l'accès au marché du travail serait en réalité très faible. Bien que mentionnant ces éléments en renfort de sa démonstration juridique, ils ne peuvent être pris en compte pour juger de la légalité du décret. Cela permet au Conseil d'État d'être convaincu qu'une annulation n'aura que peu d'effets concrets, tant le décret lui-même est limité. On voit alors ce qui constitue l'opportunité d'une décision : il s'agit de circonstances et d'éléments de faits qui ne participent pas aux conditions de légalité de l'acte. Le champ d'application restreint et le faible impact concret sont des éléments de politique. Le décret participe davantage d'un symbole, selon le commissaire lui-même. Ces données relèvent d'une appréciation et d'une décision politiques que le juge ne peut faire, ici, entrer dans le contrôle de légalité.

Il est indéniable que les questions d'opportunité ne peuvent relever du juge de l'excès de pouvoir. Soutien du pouvoir discrétionnaire, elles doivent relever de l'appréciation de l'administration. Celle-ci prend en compte, et sous-pèse, divers éléments la conduisant à choisir une décision légale. En somme, il y a une complémentarité entre le juge et l'administration : il revient au premier de dire ce que le droit permet à la seconde de faire. Il restera à cette dernière à opérer son choix, en opportunité.

1510. *ibid*., p. 1207.
1511. CE, Ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, rec. 493, concl. Dondoux ; GAJA 21e éd. n°82. Elles sont, en général, reprises pour la catégorisation qu'opère le commissaire du Gouvernement, des principes généraux du droit. Nous verrons ce point plus loin.
1512. rec. 506.
1513. *idem*.

2. Les fondements du refus de l'appréciation de l'opportunité

Cette limitation explicitement posée par le juge repose sur deux fondements.

D'une part, en tant que juge, le Conseil d'État ne peut faire acte d'administrateur. Le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire le lui interdit[1514]. Déjà, au XIXe siècle, c'est à ce titre que le juge refusait de contrôler les actes de pure administration. Remettant progressivement en cause cette immunité juridictionnelle, il a néanmoins conservé cette limite à son contrôle. Juridiquement fondée, elle était aussi un signe de prudence de sa part[1515]. Toutefois en entrant dans un domaine qui lui était autrefois fermé, le Conseil d'État n'a pas souhaité bouleverser, trop promptement, l'ordre des choses. C'est ce qui explique l'évolution lente, mais progressive de son contrôle sur ces actes. Même lorsque la théorie de l'acte discrétionnaire a été abandonnée, le juge n'a pas remis en cause cette distinction de base entre légalité et opportunité[1516]. Elle constitue la limite irréductible à son contrôle. Elle permet d'éviter que le juge ne remplace l'administration. En plus de protéger cette dernière, cette limite protège aussi le juge lui-même. Confiné au contrôle de la légalité, le juge de l'excès de pouvoir évolue dans un milieu dans lequel il est légitime, tant par ses connaissances que par le rôle qui lui est attribué. En dehors de la légalité, le juge ne trouve pas d'appui. Rien ne semble alors justifier qu'il résolve des problèmes pour lesquels il n'est pas considéré comme légitime. Ce, d'autant plus, que s'il devait agir en dehors du contrôle de la légalité, il empiéterait sur un domaine attribué à une autre autorité : l'administration. En somme « un juge qui contrôlerait l'opportunité d'une décision se verrait accusé de tomber dans le gouvernement des

1514. REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de Droit*, *op. cit.*, p. 190 ; MESMIN d'ESTIENNE (J.), « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire », *op. cit.*, p. 548.
De même, selon la conception classique exposée par Waline, mais qu'il critique dans la suite de son article, « administrer, c'est précisément choisir dans le cadre des différentes décisions légalement possibles celle qui paraît le mieux correspondre aux exigences de l'intérêt public ; si le juge se permet de refaire ces appréciations après l'administrateur et pour annuler les décisions administratives qui lui paraissent mal servir l'intérêt public, alors il n'est plus un juge, mais un administrateur supérieur » (« Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *op. cit.*, p. 27).
Pour Lino Di Qual, le juge administratif « n'accepte pas de contrôler la gravité des motifs, si ces motifs étaient d'une gravité suffisante pour justifier la mesure prise. L'explication doctrinale la plus commune est que, ce faisant, il sortirait de sa fonction de juge et se substituerait à l'Administration active. On dit aussi que les jugements qu'il porte sur l'action administrative dans certains cas extrêmes (police municipale) le conduisent à condamner le comportement administratif parce qu'il est illégal, non parce qu'il est inopportun » (*op. cit.*, p. 182).
1515. Pour Pierre Landon, si l'acte de pure administration se maintien dans la seconde moitié du XIXe siècle, malgré les avancées du contrôle juridictionnel, c'est « pour protéger exclusivement le pouvoir discrétionnaire, sur lequel le Conseil d'État professe (comme aujourd'hui) ne pas vouloir entreprendre » (LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, *op. cit.*, p. 13).
1516. Pierre Lampué situe l'abandon de cette théorie à l'année 1913, avec l'arrêt *Compagnie des tramways de l'Est parisien* (CE, 11 avril 1913, *Sirey* 1914.3.113, note Hauriou) : LAMPUE (P.), « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *op. cit.*, pp. 390-391.
Voir dans le même sens : LANDON (P), *ibid*., p. 30.

juges »[1517]. Il ne serait plus juge, mais administrateur. Il se doit de rester dans son domaine de compétence, et ne pas entrer dans celui de l'administration.

D'autre part, cette limitation peut aussi se rapporter à la loi. Si l'opportunité d'une décision exprime le pouvoir discrétionnaire de l'administration, alors elle constitue un espace de liberté octroyé par la loi. Telle est en substance la définition du pouvoir discrétionnaire, s'opposant à la compétence liée[1518]. Cette dernière fait de l'administration un simple automate, obligée de prendre une décision déterminée lorsque les conditions légales sont remplies. L'administration est alors réduite à une mission de constat : elle prend acte du fait que l'individu remplit les conditions et lui octroie la décision demandée. En cela, « l'autorité administrative est, par la loi, d'une part, tenue d'agir, d'autre part, tenue d'agir dans un sens déterminé »[1519]. Il n'y a ici aucune idée d'opportunité. En sens inverse, le pouvoir discrétionnaire découle de la liberté laissée à l'administration, par la loi. Il lui suffira de respecter les limites fixées par le législateur pour en jouir pleinement[1520]. Le but est pour elle de pouvoir s'adapter aux différentes situations qui se présentent. Elle peut alors exécuter, le plus efficacement possible, les prescriptions législatives. Si le juge devait contrôler cette marge de manœuvre, notamment l'opportunité de l'acte pris, alors il usurperait le pouvoir que l'administration détient de la loi. En cela, le juge serait un fossoyeur de la légalité. Or, il doit rester un agent de la légalité[1521].

3. La dichotomie entre légalité et opportunité : des frontières maîtrisées par le juge

Admettre que la distinction entre légalité et opportunité est possible et utile, ne doit pas conduire à occulter qu'elle est en grande partie maîtrisée par les juges. Ce qui relève de la légalité ou de l'opportunité ne se détermine pas par la nature des choses. L'appartenance à l'une ou à l'autre dépend des textes, mais surtout de la volonté des juges.

1517. TIMSIT (G.), « Guy Braibant, un juge qui gouverne ? », pp. 685-713, notamment p. 687 in *L'État de Droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996.
Voir aussi ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 572 : « il est […] nécessaire de fixer une limite que l'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir ne doit pas franchir, sous peine d'aboutir, sinon au gouvernement des juges, du moins à une administration par le juge ».
1518. RIVERO (J.), *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 1ere éd., 1960, ré-édition 2011, 550 pages, pp. 68-69.
1519. LETOURNEUR (M.), « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *EDCE* 1962, pp. 51-62, p. 52.
1520. *ibid*., p. 57.
1521. Comme le dit Marcel Waline : « le plus souvent, peut-être même toujours, l'intervention du juge suppose une restriction législative préalable. Ce n'est pas parce que le juge contrôle l'administrateur que celui-ci perd son pouvoir discrétionnaire ; c'est parce que la loi lui avait déjà enlevé ce pouvoir que le juge peut intervenir ». (« Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *op. cit.*, p. 209).

Si un texte intervient dans un domaine et pose des conditions à l'utilisation d'un pouvoir, conditions inexistantes auparavant, alors il n'y a rien de choquant à voir ici que, ce qui relevait de l'opportunité, devient légalité. Le juge ne fera alors qu'appliquer le texte. En cela, il préserve et fait respecter la volonté de son auteur. Dans ce cas, un pouvoir discrétionnaire, reposant sur des appréciations d'opportunité, peut se trouver soumis au contrôle du juge si le texte fondant ce pouvoir en vient à être modifié et à prévoir les éléments sur lesquels devra se baser l'administration pour agir.

En revanche, la requalification d'une appréciation en opportunité, en appréciation de légalité, peut être le résultat de la volonté du juge. Ce qui était alors laissé à la discrétion de l'administration devient ensuite objet possible d'un contrôle de légalité. C'est ce que reflètent les extensions du contrôle juridictionnel au sein de domaines dans lesquels aucun texte n'est intervenu pour modifier le régime juridique. Reprenons ici les propos du commissaire du Gouvernement Kahn dans l'arrêt *Dame Perrot*. Il identifiait, nous l'avons vu, trois situations dans lesquelles peut se trouver l'administration : une situation de compétence liée, une situation où l'appréciation de l'administration relève d'une question de légalité et une situation de pouvoir discrétionnaire. Encore une fois, l'appartenance à une de ces catégories peut être le résultat de la plus ou moins grande complétude ou précision du texte attribuant la compétence d'agir à l'administration. En revanche, et en l'absence de modification des textes, un pouvoir déterminé peut passer de l'une à l'autre de ces catégories, le plus souvent dans un sens de renforcement des contraintes pesant sur l'autorité décisionnaire. Pour Kahn, en effet, « c'est à vous, au demeurant, qu'il appartient de ranger les pouvoirs de l'administration dans l'une des trois classes définies ci-dessus ou, comme vous le faites en matière disciplinaire, de les décomposer en éléments simples relevant de l'une ou l'autre de ces classes et, par-là, de fixer avec précision le degré de liberté que vous entendez laisser aux autorités administratives »[1522]. Dire qu'une appréciation relève de l'opportunité ou de la légalité peut être le résultat d'un acte de volonté du juge. En cela, il n'y a pas de répartition par nature ; leur catégorisation est le résultat d'un acte du juge. Une même analyse ressort des conclusions du commissaire du Gouvernement Guyomar dans l'affaire *Arfi*. Retraçant l'évolution du contrôle juridictionnel sur les sanctions, il relève : « s'agissant du dispositif de la sanction, vous avez en revanche fort longtemps considéré qu'il s'agissait d'une question de pure opportunité échappant à votre contrôle »[1523]. La qualification de « question d'opportunité » est bien opérée par le juge lui-même. Cela est d'ailleurs renforcé par l'idée que, par la suite, le juge a accepté de contrôler le dispositif de la sanction. En effet, l'arrêt *Lebon* introduit dans la jurisprudence administrative un

1522. *AJDA* 1968, pp. 179-184, voir p. 181.
1523. *RFDA* 2007, pp. 1199-1210, voir p. 1201.

contrôle sur le quantum de la sanction prononcée[1524]. Selon Mattias Guyomar, par cet arrêt, le Conseil d'État a « décidé de faire sortir le choix de la sanction infligée à un agent public de la sphère de l'opportunité administrative »[1525]. En acceptant de contrôler des éléments auparavant laissés à la discrétion de l'administration, le juge étend le champ de la légalité, au détriment de l'opportunité.

Trois conclusions se dégagent.

D'une part, en catégorisant ainsi les choses, le Conseil d'État se fait répartiteur des compétences entre l'administration et le juge lui-même. Plus précisément, il répartit le pouvoir discrétionnaire. En effet, dans les cas de compétence liée, l'appréciation tant du juge que de l'administration est limitée par ce que les textes imposent. Il n'y a, dans ce cas, rien à partager. Tout a été fixé en amont par le texte. Cela explique d'ailleurs que le contrôle du juge soit plus limité sur ce point : une fois l'existence des conditions légales vérifiées, l'administration doit prendre la décision déterminée. Il n'y a aucun espace de liberté ici, ni pour l'administration ni pour le juge[1526]. Dans le cas où un certain pouvoir discrétionnaire découle des textes, le juge pourra alors décider s'il relève de l'appréciation de l'opportunité ou de la légalité : dans le premier cas, l'administration a le dernier mot ; dans le second cas, il appartient au juge. Comme nous l'avons vu dans les conclusions précitées, c'est bien le juge qui décidera de cette répartition en décidant de contrôler ou non l'appréciation de l'administration, au titre du contrôle de légalité.

D'autre part, il est indéniable que, ne relevant ni de la nature des choses ni d'une vision prédéfinie, mais découlant de la qualification du juge, la définition de l'opportunité est empreinte d'une certaine tautologie. Elle est, en premier lieu, l'espace de liberté laissée à l'administration, expression de son pouvoir discrétionnaire. En second lieu, et en conséquence, elle est une barrière au-delà de laquelle le juge ne peut porter son regard. Cependant, puisque le juge maîtrise, en grande partie, l'endroit où placer cette limite, elle ne constitue pas une frontière infranchissable pour lui. Bien au contraire, lorsqu'il étend son contrôle sur les appréciations de l'administration, il la repousse toujours plus loin, étendant le champ des appréciations de légalité, au détriment de celles d'opportunité. Dès lors, l'opportunité n'est pas ce qui limite le juge. Dire cela, reviendrait à l'objectiver à outrance. L'opportunité est plutôt la limite que le juge se pose à lui-même, la ligne qu'il se refuse à franchir, jusqu'à la prochaine extension de son contrôle. En somme, le juge « n'hésite pas à transformer en règles de droit des normes morales et même certaines bases

1524. CE, Sect., 9 juin 1978, *Lebon*, rec. 245.
1525. *idem*.
1526. Le juge dira alors que les moyens invoqués par le requérant contre l'acte sont inopérants car, malgré leur véracité, ils ne peuvent permettre faire barrage à l'obligation que l'administration a de prendre l'acte en cause : CE, Sect., 8 juin 1934, *Augier*, rec. 660 ; CE, Sect., 3 février 1999, *Montaignac*, rec. 6.

d'appréciation de l'opportunité »[1527].

Enfin, et malgré ce que nous venons de dire, il y a toujours une différence entre appréciation de l'opportunité et de la légalité d'une question. Que la réponse relève de l'une ou de l'autre, cela ne change pas le sens de la question posée. Ce qui est en cause, c'est le regard qui est porté : d'un côté celui de l'administration, de l'autre celui du juge. Les deux autorités répondent différemment à une même question. Le rôle du juge est de dire ce qui est légalement permis à l'administration ; là encore, l'image du « beignet » de Dworkin est parlante[1528]. En somme, en répondant à la même question, mais sous deux angles différents, juge et administration ont un rôle complémentaire.

Traditionnellement présenté comme permettant de faire respecter le principe de légalité, le recours pour excès de pouvoir est traversé par une ligne de fracture qui conditionne le rôle du juge. Gardien de la légalité, et ainsi de la volonté du Parlement, il doit veiller à ce que l'administration ne franchisse pas les bornes posées par la loi. Mais étant seulement gardien de la légalité, le juge de l'excès de pouvoir ne peut aller au-delà de ce rôle. Celles des appréciations qui ne portent pas sur une question de légalité ne relèvent pas de son contrôle. Elles doivent être laissées à l'appréciation discrétionnaire de l'administration : c'est en ce sens qu'il ne contrôle pas l'opportunité des actes administratifs.

Cette vision conditionne la nature même du recours pour excès de pouvoir, et ainsi l'office entier du juge. Permettant de répondre aux questions de légalité, le recours pour excès de pouvoir est classiquement présenté comme étant un recours objectif. Cette assertion n'est pas sans conséquence sur l'image que donne le juge dans son contrôle de l'administration.

B. Un contrôle matériellement limité en judicial review *: le refus d'un contrôle des* merits *de la décision*

La *judicial review* se présente comme une voie de droit permettant de sanctionner toutes erreurs affectant la compétence d'une autorité publique par la reconnaissance de la nullité de la décision (*void*). Néanmoins, elle connaît des limites. Elles s'expliquent également par la notion d'*ultra vires*. Comme le principe de légalité, l'*ultra vires* est à la fois la base et la limite au contrôle des juges. Tant que les juges se tiennent en son sein, leur légitimité est assurée et leurs pouvoirs sont importants ; en dehors, ils ne peuvent rien faire. Cette vision, quelque peu schématique, et de moins

1527. RIVERO (J.), *Droit administratif*, 1ere éd., *op. cit.*, p. 198.
1528. Voir Titre II, Chapitre I, Section I, II, B, 1.

en moins acceptée, constitue toutefois ce qui décrit le mieux le rôle des juges.

Plusieurs éléments permettent de s'en rendre compte. Le premier découle directement de la souveraineté du Parlement, et de la séparation des pouvoirs. Les juges sont compétents pour veiller à ce que l'administration, au sens large, respecte la loi. Dès lors, il n'est pas possible de contester la validité de la loi. D'une part, l'Angleterre ne disposant pas d'une Constitution, aucune norme de référence interne ne peut permettre de tester la validité de la loi. D'autre part, il serait contraire à l'idée de souveraineté de permettre un tel contrôle. Impossible, il est aussi inenvisageable[1529]. Cette question ne pose pas de problème.

D'autres éléments sont d'un intérêt particulier puisqu'ils concernent le contrôle même de l'action administrative. En effet, si la *judicial review* permet aux juges de contrôler les questions de compétence, leur rôle ne va pas au-delà. Le contrôle du fond de la décision n'est pas possible : le principe est ainsi l'interdiction de connaître des *merits* d'un acte administratif. Il y a donc une barrière infranchissable pour le regard du juge. Au-delà, il s'agit du domaine réservé des autorités habilitées par le Parlement. Si la *judicial review* permet de faire respecter la loi, et donc, en ce sens, la légalité, elle ne peut aller plus loin dans l'appréciation de la décision. Comme le principe de légalité constitue le moteur et la limite du recours pour excès de pouvoir, l'*ultra vires* « à la fois justifie la judicial review […] et la limite (en autorisant un degré d'autonomie à l'organe contrôlé) »[1530]. C'est ce dernier élément que le terme de *merits* désigne.

Avant de s'intéresser plus avant à l'étude de ce sujet, il nous paraît important de mettre en évidence qu'un possible parallèle peut s'opérer entre la notion de *merits* et celle d'opportunité. Toutes deux renvoient à une même réalité, c'est-à-dire l'existence d'une frontière au-delà de laquelle les juges ne peuvent aller (1.). Néanmoins, il est nécessaire d'apporter des précisions afin d'éviter certaines confusions pouvant apparaître lorsque le mot *merits* est employé (2.). Enfin, il sera possible de dresser un constat quant à son utilisation par les juges. Tout comme en France, s'agissant de l'interdiction de contrôler l'opportunité, il n'a pas de sens véritablement prédéfini. Il traduit plutôt la limite fixée par les juges eux-mêmes à leur propre contrôle et leur définition de ce qui relève de la légalité (3.).

1529. Voir : *Pickin v. British Railways Board* [1974] AC 765, pp. 782-783 (Lord Reid) et p. 789 (Lord Morris).
Voir : BRADLEY (A.), « The Sovereignty of Parliament – Form or Substance ? », voir p. 42 in *The Changing Constitution*, sous la dir. de J. Jowell et D. Oliver, 7e éd., *op. cit*.
1530.WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., p. 178.

1. La définition des *merits* : le possible rapprochement avec l'opportunité

La définition et la traduction de ce terme en français sont malaisées. Il est utilisé dans différents contextes. Par exemple, en étudiant l'intérêt d'un recours, les juges en contrôlent les *merits*. La Partie 23.12 du CPR prévoit que les juges peuvent refuser certains recours, notamment la *judicial review*, lorsque la demande est « totally without merit ». : la Cour d'Appel, en 2016, a considéré, en confirmant un jugement précédent, que cette expression désignait les affaires « allant forcément échouer » ou encore « sans espoir »[1531]. Le terme est donc protéiforme et peut désigner des éléments très différents, suivant le contexte. S'il n'est pas rare de le retrouver dans les décisions rendues en *judicial review*, il peut concerner tant la procédure du recours que la décision administrative contestée. Dans les deux cas, il n'aura pas exactement la même signification. Nous venons de voir qu'il concerne la probabilité de réussite d'une affaire, dans le contexte purement judiciaire. Il s'agit, dans le cas d'un acte de l'administration, de la partie de cet acte dont le juge ne peut connaître. Toutefois, le terme *merits* renvoie, très abstraitement, à une même réalité : il porte sur le fond, sur la substance d'une décision ou d'une demande ; en cela, il ne concerne ni la forme ni la procédure.

Dès lors, le terme de *merits* a-t-il un équivalent en français ? Aucun mot ne nous paraît exactement adapté. Utiliser les termes de « substance » ou de « fond » de la décision ne permet pas de refléter ce que signifie vraiment le terme en lui-même, s'il traduit l'interdiction qui pèse sur les juges d'en connaître. Pourtant, une telle approche pourrait bénéficier de l'autorité de certains dictionnaires classiques[1532], mais aussi de l'approche de certains auteurs et juges anglais[1533]. Cet emploi cependant est trop descriptif, général et abstrait. Ce que constituent les *merits* évolue avec le temps, nous le verrons. Une définition aussi statique ne convient pas à en capturer l'idée. Elle est même trompeuse tant pour les juges, que pour la doctrine.

Dans une note écrite en 1982, John Bell relève que « comme en Angleterre, le droit administratif français s'appuie sur la distinction entre les questions de *jurisdiction* (*légalité*) et celles

1531. *R. (on the application of Wasif) v. Secretary of State for the Home Department* [2016] EWCA Civ 82 [13] – [17] (Lord Justice Underhill).
Cela correspond à la définition classique du terme : *Dahl's Law Dictionary/Dictionnaire juridique Dahl*, 3e éd., sous la dir. de H. S. Dahl, Dalloz, Paris, 2007, voir p. 563.
1532. *Black's Law Dictionnary*, 4e éd., sous la dir. de B. Garner, West Publishing, Saint-Paul, format poche, 2011, p. 484 : le terme est défini dans son rapport à la substance d'une affaire, par opposition à ce qui est technique et extérieur à elle. Voir aussi : *Black's Law Dictionary*, 6e éd., sous la dir. de J. Nolan et J. Nohan-Haleyn West Publishing, St-Paul, 1990, pp. 989-990.
En ce sens, le terme rejoint l'acception prise das l'affaire *Wasif* (précitée) : une requête comportant des *merits* signifie qu'elle repose sur certains fondements substantiels. Cela n'implique aucune appréciation de la forme ou de la procédure de la requête.
1533. Voir la suite des développements.

portant sur les *merits* (*opportunité*) afin de délimiter le rôle des juges »[1534]. Le terme « opportunité » semble en effet être l'équivalent le plus adapté. D'une part, son utilisation par John Bell notamment, connaisseur attentif des deux systèmes, démontre la proximité des deux idées. D'autre part, il est évident que les notions de *merits* et d' « opportunité » ont la même fonction : dresser une barrière au rôle des juges, et constituer une limite au contrôle de légalité. Ces deux arguments nous incitent donc à rapprocher ces deux notions.

Le principe d'interdiction du contrôle des *merits* est admis sans difficulté. Mark Elliott et JasonVaruhas décrivent ainsi le rôle des cours à travers la *judicial review* : celles-ci « sont concernées par la *légalité* de la décision, non par son *exactitude* (correctness) ou son *opportunité* (merits) ; l'intervention n'est donc possible que si l'administrateur a dépassé les limites légales de son pouvoir »[1535]. La dichotomie entre légalité et *merits* de la décision est clairement posée. Plus loin, ils précisent même que les cours ayant connaissance de recours en *judicial review* « se sont elles-mêmes limitées aux questions de légalité – qui, en pratique, les ont conduit à se préoccuper de la *procédure* par laquelle les décisions sont prises, et se sont abstenues de contrôler leur *contenu*, par peur que cela les conduise à un contrôle de l'opportunité »[1536]. Ainsi, « traditionnellement, le principal regard posé par la judicial review a été sur *la façon dont la décision est prise*, plutôt que sur la *décision elle-même* »[1537].

2. La signification de l'interdiction du contrôle des *merits* par les juges

Il faut alors se demander à quoi renvoie précisément la notion de *merits*. On l'a vu, Mark Elliott l'assimile, peu ou prou à la substance, en opposition à la façon de prendre la décision. Thimothy Endicott parvient à une idée similaire lorsqu'il note qu' « il n'y a pas de contrôle de la

1534. BELL (J.), « A French lesson in judicial review », *OJLS* 1982, pp. 142-146, p. 142. Les termes *jurisdiction* et *merits* ont été soulignés par nous ; les termes légalité et opportunité l'ont été par l'auteur et figurent en français dans le texte.
Voir également : DISTEL (M.), « Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration en Grande-Bretagne », *RIDC* 1982, pp. 41-100, pp. 83-84 ; NEVILLE BROWN (L.) et BELL (J.), *French Administrative Law*, 10e éd., Clarendon Press, Oxford, 1998, 305 pages, p. 253 ; VISRUTPICH (V.), *Le contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les autorités administratives en droit français et anglais*, thèse, dactyl., 1991, 413 pages, p. 16.
1535. ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.N.E.), *Administrative Law. Text and Materials*, 5e éd., *op. cit.*, p. 7 (Ce sont les auteurs qui soulignent).
Voir également : LE SUEUR (A.), SUNKIN (M.), et MURKENS (J.), *Public Law. Text, Cases, and Materials*, 2e éd., OUP, Oxford, 2013, 885 pages, p. 695.
1536. *idem*. (Ce sont les auteurs qui soulignent).
MASTERMAN (R.) et MURRAY (C.), *Exploring Constitutional and Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 478-480.
1537. ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public law*, 3e éd., *op. cit.*, p. 476 (Ce sont les auteurs qui soulignent).

substance, ou de l'opportunité (merits) d'une décision discrétionnaire »[1538]. C'est aussi en ce sens que certains juges définissent le contrôle de *judicial review*. Ainsi, dans l'affaire *Evans*, Lord Brightman affirme, sans détour : « la judicial review concerne, non pas la décision, mais la procédure de décision. Si cette restriction dans le pouvoir des cours n'est pas respectée, la cour sera elle-même, sous couvert d'empêcher un abus de pouvoir, coupable d'une usurpation de pouvoir »[1539]. Lord Hailsham tire une conclusion similaire : il n'appartient pas aux cours d'obliger l'autorité administrative à prendre la décision qui lui semble correcte en l'espèce[1540]. Lord Greene, dans l'affaire *Wednesbury*, explique également la même idée en relevant qu'une fois que la cour s'est assurée que l'autorité est dans les limites de ses pouvoirs, alors son pouvoir discrétionnaire est absolu. La cour ne peut pas intervenir[1541]. Enfin, dans un écrit extra-judiciaire, Lord Irvine of Lairg considère que, par voie de *judicial review*, « la cour doit décider de la légalité de la décision, et non de son exactitude ; la cour va avant tout se pencher sur la façon dont elle a été prise plutôt que sur l'opportunité sur le fond de la décision elle-même »[1542].

Faut-il en conclure que la *judicial review* porte uniquement sur ce que l'on qualifie en France de « légalité externe » ? La « légalité interne » correspond-elle aux *merits* ? L'ambiguïté des termes semble conduire à une telle perspective[1543]. Elle serait en grande partie erronée. Il est évident que divers éléments font des questions de forme et de procédure entourant l'action administrative, le domaine privilégié des juges. Toutefois, cela ne signifie pas que la substance échappe aux juges.

Notamment, et nous y reviendrons, le contrôle a été étendu à d'autres éléments de la décision elle-même, qu'y seraient rangés dans la catégorie de la « légalité interne ». Pour en mentionner certains, il est possible de citer le contrôle du but de l'acte ou encore des considérations, des éléments pris en compte pour le fonder. Si l'on donne un sens très large à l'expression « procédure

1538. ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, p. 232.
Voir également : JOWELL (J.), « Of Vires and Vacuums : the constitutional context of judicial review », pp. 327-339, p. 329 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit*.
1539. *R. v. Chief Constable of the North Wales Police, ex p. Evans* [1982] 1 WLR 1155, p. 1173.
1540. *R. v. Chief Constable of the North Wales Police, ex p. Evans* [1982] 1 WLR 1155, p. 1161.
1541. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, pp. 228-229.
Voir également Lord Donaldson dans *R. v. Boundary Commission for England, ex p. Foot* ([1983] QB 600, pp. 615-616) ; Lord Hoffmann dans *R. (on the application of Alconbury Developments Ltd and Others) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* ([2001] UKHL 23 [73]) ; Maurice Kay L.J. dans *R. (on the application of Shoesmith) v. OFSTED* ([2011] EWCA Civ 642 [74]).
1542. Lord Irvine of Lairg, « Judges and decisions makers : the theory and practice of Wednesbury review », *PL* 1996, pp. 59-78, p. 60.
1543. Pour une critique de la terminologie employée voir : BEATSON (J.), « The Scope of Judicial Rreview for Error of Law », *OJLS* 1984, pp. 22-45, voir pp. 27-29 ; JOWELL (J.), « Of Vires and Vacuums : the constitutional context of judicial review », pp. 327-339, voir p. 333 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. C. Forsyth, *op. cit*. Les auteurs relèvent que le terme *process* ne doit pas être confondu avec le terme « procedure » : le second, transparent en français, a un sens plus restreint et n'inclut pas la motivation des décisions, par exemple, à la différence du premier. Or, la *judicial review* porte plutôt sur le *process*.

de décision » ou « façon dont la décision a été faite », ces éléments peuvent être sans peine inclus dans ce contrôle. C'est le sens donné par Thimothy Endicott. La substance d'une décision doit être entendue comme étant son dispositif même, non ses motifs ou ses buts[1544]. Dès lors, et de façon claire, « la substance d'une décision est ce qui est décidé. Une question concernant l'opportunité de la décision est une question portant sur le caractère bon ou mauvais de cette substance »[1545]. Définie ainsi, la notion de *merits* est similaire à ce qui existe en France. Le juge n'a pas à dire quelle décision est opportune, c'est-à-dire bonne.

Les juges ne peuvent donc s'interroger sur la qualité intrinsèque de la décision retenue. Ce n'est pas leur rôle de dire si elle est « bonne ou mauvaise ». Ils n'ont pas à définir ce qu'est le meilleur dispositif, seulement si celui choisi est légal. Laws J, dans l'affaire *Fewings* explique ainsi que « dans la plupart des cas, la cour ayant connaissance d'une judicial review n'est pas concernée par l'opportunité de la décision contrôlée. La cour ne se demande pas 'est-ce que la décision est bonne ou mauvaise ?' Le juge se demande encore moins s'il serait arrivé à la même décision […] la tâche de la cour, et du jugement auquel elle parvient, n'a rien à voir avec la question 'quelle vision est la meilleure ?' »[1546]. Ce qui est avant tout interdit aux juges, ce n'est pas de connaître de ce que décide une autorité, mais de la qualité, de la pertinence du dispositif retenu. Une grande similarité est visible avec le recours pour excès de pouvoir. Dans les deux cas, ce qui est en jeu c'est la légalité de la décision : cela revient à déterminer un champ des possibles puis de laisser libre l'administration, une fois cette sélection opérée. Au-delà se trouve le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique[1547]. Ce qui est en jeu c'est la « validité » de la décision[1548].

À l'instar du juge de l'excès de pouvoir, les cours anglaises ayant à connaître d'une affaire par voie de *judicial review* doivent définir les possibilités légales ouvertes à l'autorité publique. Une fois ce travail fait, cette dernière peut exercer pleinement sa compétence. Elle choisira la meilleure décision légale possible. Ici s'exerce son pouvoir discrétionnaire, qui réside dans l'appréciation des *merits*. L'administration, en Angleterre et en France, reste l'autorité jugeant quelle décision est opportune ou, dit autrement, celle qui est bonne.

1544. ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*., pp. 208-214.
1545. *ibid*., p. 224.
1546. *R. v. Somerset County Council, ex p. Fewings* [1995] 1 All ER 513, p. 515 (cité par Mark Elliott et Jason Varuhas : ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law. Text and Materials*, 5e éd., *op. cit*., p. 7).
Voir également Lord Hailsham of St. Marybelone L.C dans *R. v. Chief Constable of the North Wales Police, ex p. Evans* [1982] 1 WLR 1155, pp. 1160-1161 ; voir Lord Lowry dans *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] 1 AC 696, pp. 765-766.
1547. GREY (H.J.), « Discretion in Administrative Law », *Osgoode Hall Law Review* 1979, pp. 107-132 ; VISRUTPICH (V.), *Le contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les autorités administratives en droit français et anglais*, *op. cit*, pp. 27-28 ; BREEN (E.), « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », *RFDA* 2003, pp. 1159-1174 ; WALLINGTON (P.), « Discretion and Duty : the Limits of Legality », pp. 117-167 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, Lexis Nexis Butterworths, Londres, 2005.
1548. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 6.

Concrètement, la Chambre des Lords a pu refuser de vérifier si le refus du Secrétaire d'État de saisir la Commission des Fusions et Acquisitions était la bonne décision ou non[1549]. Cette mesure peut intervenir si le Secrétaire d'État pense qu'une activité commerciale est, en vertu du *Fair Trading Act* de 1973, « mauvaise pour l'intérêt public ». Lord Keith relève que la définition de l'intérêt public est une décision avant tout politique. Or, « les cours jugent de la légalité d'une décision, non de son bien-fondé »[1550].

De même, les juges sont plus enclins à contrôler une décision individuelle, plutôt que générale, car pour la première les implications politiques et les effets sont plus réduits. Cela permet d'éloigner le juge d'un contrôle des *merits*[1551].

Dans une autre affaire, la Cour d'Appel a refusé de se prononcer sur le choix de l'autorité de santé de ne pas procurer un traitement médical coûteux, et ayant un faible taux de chance de réussite, à un enfant[1552]. Sir Thomas Bingham M.R, exprimant le jugement principal, rappelle que « les cours ne sont pas, contrairement à ce qui est parfois pensé, les arbitres des *merits* des affaires de ce type. Si nous devions exprimer des opinions sur l'efficacité d'un traitement médical, ou sur l'opportunité d'administrer un tel traitement, alors nous serions bien loin du domaine de compétence que notre constitution nous confère. Nous avons une seule fonction seulement, celle de décider de la légalité des décisions. C'est une fonction à laquelle nous devons strictement nous tenir »[1553]. La décision est d'autant plus importante, que les trois juges renversent celle de Laws J., rendue au nom de la Haute Cour. Il avait estimé le refus illégal, notamment car il constituait une atteinte au droit à la vie insuffisamment motivée. Pour autant, Laws J avait clairement affirmé que son rôle, par voie de *judicial review*, n'était pas de contrôle les *merits* de la décision[1554]. Le jugement de Thomas Bingham s'adresse en premier lieu aux juges et leur rappelle les limites de leur rôle[1555].

Enfin, il ne revient pas aux juges de dire si le système d'éducation promu par le Ministre est meilleur que celui existant. Ils doivent seulement veiller à ce que les pouvoirs lui autorisent la modification opérée, dans les conditions dans lesquelles il l'a fait. C'est ce qui ressort du jugement rendu par le Viscount Dilhorne dans l'affaire *Tameside*[1556].

1549. *R. v. Secretary of State for Trade and Industry, ex p. Lonrho Plc* [1989] 1 WLR 525.
1550. *ibid*., p. 536.
R. v. Secretary of State for the Environment, ex parte Nottinghamshire County Council [1986] AC 240 ; *R. (on the application of Plantagenet Alliance Ltd) v. Secretary of State for Justice* [2014] EWHC 1662, [74] (Hallett LJ.).
1551. *R. v Secretary of State for Education and Employment, ex p. Begbie* [2000] 1 WLR 1115, p. 1131 (Laws LJ.).
1552. *R. v. Cambridge DHA, ex p. B (No.1)* [1995] 1 WLR 898.
1553. *ibid*., p. 905.
1554. *R. v. Cambridge DHA, ex p. B (No.1)* [1995] 1 FLR 1055, p. 1056.
LAWS (J.), « Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights? » *PL* 1993, pp. 59-79, notamment pp. 71-75.
1555. D'ailleurs, son opinion sera reprise expressément par Laws J, avec approbation : *R. (on the application of Wells) v. Parole Board* [2007] EWHC 1835, [39].
1556. *Secretary of State for Education and Science v. Tameside MBC* [1977] AC 1014, pp. 1052-1053 (Viscount Dilhorne).

En somme, le refus du contrôle des *merits* par voie de *judicial review* est empreint de la même logique qu'en France : il s'agit à la fois de marquer la frontière à ce que peuvent faire les juges, et de préserver le pouvoir discrétionnaire de l'autorité. En dernier lieu, il revient à l'autorité publique, investie par le Parlement, d'évaluer qu'elle est la meilleure décision à prendre. Aller contre cela, reviendrait, pour les juges, à ne pas respecter l'intention du Parlement, et à violer le principe de séparation des pouvoirs. Pour illustrer cela, deux auteurs anglophones ont repris *in extenso*, et en français, la célèbre phrase de Henrion de Pansey : « juger l'administration, c'est aussi administrer »[1557]. Afin d'éviter cela, le respect des *merits* est considéré comme fondamental. La maxime du publiciste français est donc largement transposable en Angleterre. Ce qu'il s'agit de déterminer c'est la compétence de chaque autorité, tant pour éviter les abus que pour la protéger des empiétements des autres. Ainsi s'exprime la séparation des autorités administrative et judiciaire en France, corollaire de la séparation des pouvoirs.

3. La relativité de la distinction entre *merits* et légalité

Cependant, tout comme en France, définir la frontière à partir de laquelle commence l'appréciation des *merits* est complexe. Elle peut être conçue d'un point de vue conceptuel. Dans ce cas, une fois le champ des *merits* défini, il ne peut varier. Si les juges accroissent leur contrôle jusqu'à y entrer alors il faut admettre qu'ils opèrent un contrôle qui dépasse la stricte légalité. À l'inverse, et à l'image du recours pour excès de pouvoir selon nous, la notion peut être fonctionnelle. Dans ce cas, les *merits* constituent tout ce que les juges qualifient comme tels et qu'ils refusent de contrôler. À la différence de la définition conceptuelle, la vision fonctionnelle permet de considérer que le champ de contrôle des juges évolue sans entrer dans un contrôle des *merits* de la mesure. Le principe de légalité s'étend au détriment de l'opportunité. Cette seconde vision doit, selon nous, être encore privilégiée[1558]. Comme en France, elle révèle l'artificialité de la distinction entre légalité et

1557. SCHWARTZ (B.) et WADE (H.W.R.), *Legal Control of Government. Administrative Law in Britain and the United States*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1972, 349 pages, p. 253.
Dans une veine similaire, Lord Mustill a rappelé, à propos de l'extension du contrôle opéré par voie de *judicial review* : « comme les juges le remarquent eux-mêmes, ceux ne sont pas eux qui sont nommés pour administrer le pays » (*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513, p. 567).
1558. HARE (I.), « The separation of powers and judicial review for error of law », p. 116 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.*
L'idée d'une approche fonctionnelle des distinctions limitant le rôle des cours est admise par Lord Wilberforce : « les avantages ou désavantages d'une décision ont pu conduire les cours dans des distinctions difficiles entre les faits relevant de l'appréciation de l'autorité et les autres (appelés « *jurisdictional* ») dont elle ne connaît pas » (*Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] AC 147, p. 208).
La même affirmation est faite, très explicitement, par Lord Reid dans l'affaire *Pearlman v. Keepers and Governors of Harrow School* [1979] QB 56, pp. 69-70.

opportunité. C'est ce que nous souhaitons démontrer ici. Il s'agira de prendre des exemples illustrant l'extension du contrôle des juges sans que cela ne conduise à remettre en cause l'interdiction de contrôle des *merits*.

Une partie de la doctrine a considéré les évolutions jurisprudentielles, élargissant le contrôle de *judicial review*, comme une expansion illégitime dans un domaine ne relevant pas des cours. Ce qui justifiait auparavant la restriction du contrôle des juges c'est la distinction entre les questions de compétence et celles portant sur les *merits*[1559]. En étendant les erreurs pouvant faire l'objet d'une sanction, les juges seraient entrés dans ce domaine réservé en principe à l'administration, réduisant ainsi son autonomie[1560].

Ivan Hare soutient alors que ce mouvement a conduit à rendre inutile la distinction entre légalité et *merits*[1561]. Notamment, par l'extension de la notion d' « erreur de droit » au-delà des seules questions de compétence, les juges vont pouvoir se substituer de plus en plus à l'autorité décisionnaire. Le pouvoir discrétionnaire de cette dernière est alors remis en cause[1562]. Dès lors, le contrôle de légalité « implique une substitution sur les *merits*, par les cours connaissant d'une judicial review »[1563]. Et l'auteur précise ensuite : « dit autrement, si l'exactitude d'une décision est viciée par une erreur de droit, le contrôle de légalité devient un contrôle de l'exactitude de la décision »[1564]. Pour autant, il l'admet lui-même, le contrôle reste fondé sur la légalité. En effet, ce que les juges entreprennent, ce n'est pas de vérifier, pour eux-mêmes, et selon leur propre vision, si la décision est bonne ou mauvaise. Ils vérifient si l'opinion exprimée sur une question, qualifiée de « question de droit », correspond à ce que la légalité requiert. On comprend alors pourquoi l'auteur

---

Nous renvoyons aux différents articles de Ian Turner, très riches, sur cette question. L'auteur y développe une vision critique de l'augmentation du contrôle des juges sur les décisions de l'administration, notamment en ce que cela conduit à une appréciation des *merits* de leur part. Pour l'auteur, aucune limite ne semble pouvoir être posée, de façon sure et certaine, afin de délimiter la compétence des juges. Il faut donc, selon lui, admettre que ce sont eux qui ont le dernier mot, ce qui lui paraît inacceptable puisque rien ne légitime cela : TURNER (I.), « Judicial Review, Irrationality and the Review of Merits », *Nottingham Law Journal*, 2006, vol. 15(2), pp. 37-50 ; « Judicial Review, Irrationality, and the Legitimaticy of Merits-Review », *Liverpool Law Review*, 2008, pp. 309-333 ; « Irrationality, the Human Rights Act and the Limits of Merits-Review », *Nottingham Law Journal*, 2009, vol. 18(1), pp. 18-36 ; « Judicial Review, Irrationality and the Limits of Intervention by the Courts », *King's Law Journal*, 2010, pp. 311-331. Voir aussi : Lord Irvine of Lairg, « Judges and decisions makers : the theory and practice of Wednesbury review », *PL* 1996, pp. 59-78.

1559. En particulier, voir : MURRAY (P.), « Escaping the wilderness : R. v. Bolton and judicial review for error of law », *CLJ* 2016, pp. 333-365.

1560. GORDON (D.M.), « What Did the Anisminic Case Decide », *MLR* 1971, pp. 1-11.

1561. HARE (I.), « The separation of powers and judicial review for error of law », pp. 122-127 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit*.

Voir : BEATSON (J.), « The Scope of Judicial Review for Error of Law », *op. cit.*, pp. 32-33 ; GRIFFITH (J.A.G), STREET (H.), *Principles of Administrative Law*, 5e éd., Pitman Publishing, Londres, 1973, 331 pages, pp. 212-215.

1562. Voir *infra*, les développements sur l'affaire *Anisminic* : Partie I, Titre II, Chapitre II, Section I, II, C.

Pour une discussion sur ce sujet, voir : CRAIG (P.), *Administratif Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 496-502.

1563. *ibid*., p. 124.

1564. *idem*.

nie la distinction entre légalité et opportunité. Cependant, quel est l'intérêt d'une telle remise en cause ? *In fine*, les juges contrôlent la première, même s'ils doivent connaître de la seconde. Ils restent dans leur rôle légitime. Une telle vision conduit à vider de sa substance l'intérêt de la notion de *merits*.

Pour John Bell, l'extension du contrôle sur la substance de la décision conduit à la « remise en cause de la distinction claire entre légalité et opportunité », et autorise ainsi « un certain contrôle sur l'opportunité des décisions de l'exécutif »[1565]. L'auteur appuie son propos sur l'arrêt *Tameside*. L'affaire mettait en cause l'exécution d'un projet local de réforme de l'éducation. Son but était de remplacer l'ancien système des *grammar schools* (écoles ayant une sélection à l'entrée) par des *comprehensive schools* (écoles publiques ouvertes à tous). Mais, entre l'élaboration du projet et son exécution, des élections locales ont eu lieu, conduisant au remplacement de la majorité travailliste (concordante avec la couleur politique du Gouvernement d'alors) par une majorité de conservateurs, ayant défendu les *grammar schools*. La nouvelle majorité refuse d'exécuter le projet. Cette décision est considérée par le Secrétaire d'État comme « non raisonnable ». Or, dans un tel cas, la section 68 de l'*Education Act* de 1944 lui ouvrait la possible de prendre des directives à l'encontre de l'autorité locale. L'usage fait de cette possibilité est déclaré, en l'espèce, illégal par la Chambre des Lords. Est-ce un contrôle sur les *merits* de la décision, comme l'affirme John Bell ? Pas exactement. Commençons par citer les premiers mots du jugement du Viscount Dilhorne : « […] dans cet appel, les *merits* du choix entre le système d'éducation ouvert et celui qu'il remplace n'a pas d'intérêt pour le problème à résoudre. Tout ce que nous devons faire c'est décider si le Secrétaire d'État avait le pouvoir de prendre une directive contre le Conseil de l'arrondissement métropolitain de Tameside, le 11 juin 1976 »[1566]. De façon encore plus explicite, Lord Diplock considère, à propos de la possibilité de prendre une directive contre le Conseil qu' « il revient au Secrétaire d'État de prendre cette décision. Il n'appartient à aucune cour de substituer sa propre opinion sur ce sujet ; mais il lui appartient de déterminer si, en prenant une décision défavorable au Conseil, il a correctement agi en droit et a, en conséquence, pris en considération les données qu'il devait prendre en compte, et exclu celles qui n'étaient pas pertinentes, au regard de l'interprétation de la loi »[1567]. C'est ce fondement qui justifie l'illégalité de la décision du Secrétaire d'État. Les Lords lui reprochent de ne pas avoir pris en compte tous les éléments en cause, et ainsi, de n'avoir pas justifié en quoi l'action de

1565. BELL (J.), « A French lesson in judicial review », *op. cit.*, p. 142.
Voir également : BEATSON (J.), « The Scope of Judicial review for Error of Law », *op. cit.*, pp. 27-29 ; CRANSTON (R.), « Reviewing Judicial Review », pp. 45-80, notamment pp. 75-80 in *Administrative Law and Government Action*, sous la dir. de G. Richardson et H. Genn, *op. cit.*.
Pour une critique de ce dernier, voir dans le même ouvrage : BOYLE (A.), « Sovereignty, Accountability, and the Reform of Administrative Law », pp. 81-104, notamment pp. 81-82, pp. 93-94.
1566. *Secretary of State for Education and Science v. Tameside MBC* [1977] AC 1014, pp. 1052-1053.
1567. *ibid*., pp. 1064-1065.

l'autorité locale était « non raisonnable » au sens de la loi. En somme, le contrôle se fonde sur la bonne interprétation de la loi, c'est-à-dire celle qu'en donnent les juges. En ne la respectant pas, le Secrétaire d'État n'a pas pris la mauvaise décision ; il a seulement pris une décision illégale. Les Lords n'affirment pas qu'il était impossible pour le Secrétaire d'État, dans ce cas précis, de considérer la décision de l'autorité locale comme « non-raisonnable » ; ils ont seulement affirmé que le Secrétaire d'État n'avait pas assez pris en compte toutes les données, et ne les avait pas correctement évaluées, conduisant à prendre une décision que la loi n'autorisait pas. L'utilisation de « l'interprétation de la loi » par Diplock est révélatrice de cela. Tout découle de ce qu'elle exige. Si l'autorité compétente ne respecte pas ses exigences, sa décision est illégale.

Un autre exemple servira à appuyer nos propos : celui du contrôle de proportionnalité. En 1991, dans l'affaire *Brind*, est mise en cause l'interdiction faite, par le Secrétaire d'État, à la BBC, de diffuser le discours d'une organisation considérée comme terroriste, et de ses éventuels soutiens[1568]. L'un des arguments des requérants est d'affirmer que cette mesure est disproportionnée au regard de la Convention européenne. À cette date, ce texte, bien que ratifié par l'Angleterre, n'a pas été introduit en droit interne, faute de loi. La conclusion de Lord Ackner sur la question de l'utilisation d'un tel contrôle est claire : « le test Européen consistant à savoir « est-ce que 'l'ingérence' est justifiée par un 'besoin social impérieux' conduit forcément à la question « cette décision est-elle acceptable ? » et cela implique un contrôle des *merits*. À moins et jusqu'à ce que le Parlement ait incorporé la Convention en droit interne […] il m'apparaît qu'il n'existe aucun fondement sur lequel la doctrine de la proportionnalité appliquée par la Cour Européenne puisse être suivie par nos cours »[1569].

De façon beaucoup plus virulente, Lord Lowry voit dans l'utilisation du contrôle de proportionnalité une usurpation, par les juges, des pouvoirs confiés, par le Parlement, à une autorité décisionnaire, dont l'action sera le plus souvent rendue légitime par une élection[1570]. L'opinion de Lord Ackner, notamment, peut être opposée à une autre, rendue plus récemment. Il s'agit de celle de Lord Steyn, délivrée dans l'affaire *Daly*, de 2001[1571]. L'affaire concerne, pour ce qui nous intéresse, la possible utilisation du contrôle de proportionnalité en conséquence de l'introduction en droit interne de la Convention européenne, en 1998. Le Lord admet que ce nouvel outil, mis à la disposition des cours par la jurisprudence de la Cour européenne, fait nécessairement évoluer

1568. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] 1 AC 696, pp. 762-763.
1569. *ibid*., pp. 762-763. Pour un argument similaire, voir le jugement de Lord Bridge of Harwich (pp. 748-749).
1570. *ibid*., pp. 766-767.
BOYRON (S.), « Proportionality in English Administrative Law : A Faulty Translation ? », *OJLS* 1992, pp. 237-264, p. 262.
1571. *R. (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26.

l'approche que les juges ont du contrôle des actes de l'administration. Bien qu'il considère que cela ne conduira pas à une évolution majeure, par rapport à ce qui existe déjà, Lord Steyn conclut son jugement en affirmant que « cela ne signifie pas qu'il y a eu un déplacement vers un contrôle des merits »[1572].

Pour appuyer son propos, le Lord fait explicitement référence à un article écrit par Jeffrey Jowell, démontrant exactement ce point : l'introduction d'un contrôle de proportionnalité ne conduit pas à un contrôle des *merits*. Pour Jowell, l'augmentation du contrôle des juges « ne signifie pas que les cours seront autorisées à ignorer d'elles-mêmes les limites de leur compétence »[1573]. En effet, la protection des droits, qui est au cœur du contrôle de proportionnalité, ne conduit pas les juges à dire si la décision est bonne ou mauvaise[1574]. Entre le jugement de Lord Ackner et celui de Lord Steyn, fondé sur la conviction forte de Jowell, une différence majeure existe : le *Human Rights Act* de 1998. La dernière phrase du jugement de Lord Ackner que nous avons citée est importante. Ce qui justifie en premier lieu le refus du contrôle de proportionnalité ce n'est pas son caractère intrusif[1575]. Si tel avait été le véritable problème, le Lord se serait contenté d'affirmer, non sans argument, que le contrôle de proportionnalité est un contrôle des *merits*. Mais, en ajoutant que celui-ci ne peut être utilisé, en ce qu'il découle de la Convention européenne, et alors que celle-ci n'est pas incorporée en droit interne, il change les termes du refus. Ce qui constitue la véritable raison de sa conclusion c'est que cela ne correspondrait pas à la volonté du Parlement.

On peut alors considérer que le contrôle de proportionnalité n'est pas renié en tant que tel, mais en ce qu'il ne trouve pas de justification au regard du principe de légalité. Il n'existe ni dans la jurisprudence ni dans les textes ; il n'est donc pas un élément de la légalité. Cela explique qu'il soit accepté par Lord Steyn, dix ans plus tard. La nature du contrôle n'a pas changé. Le seul changement est celui opéré par la loi de 1998. En incorporant la Convention européenne, elle a fait, notamment du contrôle de proportionnalité, un élément de la légalité[1576]. Son utilisation est rendue possible, à

1572. *ibid*., [28].

1573. JOWELL (J.), « Beyond the rule of law : towards constitutional judicial review », *PL* 2000, pp. 671-683, p. 681.

1574. *ibid*., p. 682 : pour l'auteur, « […] la cour va porter son regard sur la façon dont la décision a été justifiée et sur les qualités inhérentes à une société démocratique. Ce type de contrôle […] est très loin d'un contrôle sur les fondements de l'opportunité (desirability) de la décision ».

Cela est aussi affirmé par Laws J : *R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. First City Trading Limited* ([1997] 1 CMLR 250 [69]) : le contrôle de proportionnalité, tel qu'il existe en droit européen, ne doit pas conduire les juges à aller jusqu'à décider s'ils sont d'accord ou non avec la décision.

De même, dans l'affaire *R. (on the application of Keyu) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* ([2015] UKSC 69), Lord Kerr relativise l'intrusion permise par le contrôle de proportionnalité dans la décision contrôlée en affirmant qu'il n'autorise pas les juges à se substituer à l'autorité décisionnaire ([272]).

Voir également : WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, p. 598.

1575. D'ailleurs, Ian Turner, très critique envers la jurisprudence *Daly*, et le contrôle de proportionnalité, admet que ce dernier n'entraîne pas, automatiquement, un contrôle des *merits* de la décision : TURNER (I.), « Judicial Review, Irrationality, and the Legitimacy of Merits-Review », *Liverpool Law Review*, 2008, pp. 309-333, notamment pp. 315-318, et pp. 326-329.

1576. De même, dans le contexte de l'application du droit de l'Union européenne, les Lords Reed et Toulson ont

condition toutefois de ne pas enfreindre les frontières, encore repoussées, des *merits*[1577].

Pour terminer, le jugement de Sir Thomas Bingham, cité plus haut, sanctionnant l'approche de Laws J, démontre le caractère relatif de la définition des *merits*. Il n'y a pas de sens naturel ou absolu. Il est construit par les juges. Cela explique que, sur une même affaire, deux opinions différentes puissent voir le jour sur ce qui en fait, ou non, partie. La frontière entre légalité et *merits* n'est pas clairement délimitée. Elle est fonctionnelle et évolue avec le temps notamment sous l'effet de la volonté des juges. En rattachant l'évolution de leur contrôle à la bannière du respect de la légalité, ils la légitiment et l'intègrent au sein des données structurantes de l'ordre juridique.

II. Une limite visible dans les pouvoirs des juges : l'impossibilité de se substituer à l'administration

À une limite matérielle dans le contrôle même des juges s'ajoute une seconde frontière infranchissable pour les juges : celle de ne pouvoir faire acte positif d'administrateur. Là encore, au nom principalement de la séparation des pouvoirs, chaque autorité est appelée à rester dans le domaine qui lui est assigné. Les juges ne peuvent donc pas administrer, mais seulement déclarer le droit et censurer l'action administrative qui y conviendrait. Une fois cette mission remplie, ils cèdent le pas à l'autorité publique. Similaire, l'idée ne se concrétise pas dans les mêmes dimensions suivant que l'on se trouve dans le cadre du recours pour excès de pouvoir ou de la *judicial review*. Pour le premier, il est classiquement affirmé que le juge est limité à la seule annulation de l'acte (A.) ; quant à la seconde, elle ouvre des possibilités plus larges, mais n'allant pas jusqu'à autoriser les juges à agir (B.).

A. Le recours pour excès de pouvoir classiquement limité à la seule annulation

En principe, le juge de l'excès de pouvoir est devant un choix manichéen : soit il rejette la requête, soit il annule l'acte illégal[1578]. La décision du juge a une portée *erga omnes*, ce qui renforce

récemment rappelé qu' « il appartient aux cours de décider si l'acte est proportionné, du fait de sa fonction consistant à juger de la légalité ». (*R. (on the application of Lumsdon) v. Legal Services Board* [2015] UKSC 41 [108]).

1577. Cela vaut pour tous les éléments incorporés par le *Human Rights Act*. Telle est la conclusion de Laws LJ dans *R. (on the application of Mahmood) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] 1 WLR 840 [33].
Voir également : HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *Law and Administration*, 3e éd., *op. cit.*, p. 126.

1578. BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution*

le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir : ce n'est pas au seul intérêt du requérant que bénéficie la décision, mais à tous, par le biais de la restauration de la légalité bafouée. Au renfort de cela se trouve la règle interdisant au requérant de demander l'annulation partielle de l'acte, alors que ses dispositions ne sont pas divisibles. Une telle demande devra être déclarée irrecevable par le juge[1579].

Ainsi, conformément à l'idée que se faisait Duguit du contentieux de la légalité, la seule décision que peut prendre le juge est l'annulation de l'acte[1580]. Si un recours pour excès de pouvoir est fait contre une décision refusant une indemnité, le juge ne pourra, en cas d'illégalité, qu'annuler l'acte. Il ne pourra substituer sa décision à celle de l'administration en reconnaissant au requérant son droit à l'indemnité demandée[1581]. Il en va de même lorsque le requérant demande l'indemnisation d'un préjudice subit du fait de l'illégalité d'un acte administratif : cette demande relève du recours de plein contentieux[1582]. La décision du juge est en cela purement négative, elle détruit l'acte. Jusqu'en 1995, et l'intervention du législateur par la loi du 8 février, le juge de l'excès de pouvoir ne pouvait, non plus, rendre d'injonction contre l'administration[1583]. De même, les demandes reconventionnelles, visant à faire payer des dommages-intérêt à l'auteur d'un recours ayant porté préjudice au défendeur, ne sont pas admissibles dans le contentieux de l'excès de pouvoir[1584]. En somme classiquement, aucun acte positif ne pouvait être entrepris par le juge administratif. Il n'est que censeur des illégalités, ce qui ne nécessitait autre chose que l'annulation. Cela correspond parfaitement, une fois de plus, à l'image du beignet, développée par Dworkin. La décision du juge a pour objectif de couper ce qui dépasse des bords de la légalité. Rien de plus. Elle permet de dire à l'administration ce qu'il ne faut pas faire, c'est-à-dire franchir les limites de la légalité. Elle a bien le rôle de « guillotine juridictionnelle »[1585]. Mais, au sein de ces bornes, elle

et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir, *op. cit.*,

1579. CE, 5 novembre 1975, *Sté Pavita*, rec. 544 ; CE, 29 octobre 2003, *Époux Hervouet*, rec. t. 750.

1580. DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. II, *op. cit.*, pp. 477-478 et pp. 488-495. Voir aussi la note de Jèze sur les arrêts *Lafage* et *Schlemmer* (CE, 8 mars 1912, rec. 348, *RDP* 1912, pp. 266-294). Selon lui, « le Conseil d'État, nous dit-on (il parle de Duguit), ne fait qu'annuler parce que le recours pour excès de pouvoir ne peut poser au Conseil d'État que la question de la *légalité* d'un acte : or, à cette question une seule réponse est possible : l'acte est-il légal, il doit être maintenu : le recours est repoussé ; l'acte est-il illégal, le recours doit être accueilli : l'acte doit être annulé. Le professeur Duguit a, semble-t-il parfaitement raison lorsqu'il affirme que le recours pour excès de pouvoir ne peut poser au juge qu'une *question de légalité*. Voilà *l'essentiel* » (*ibid*., p. 291, C'est l'auteur qui souligne).

1581. CE, 8 mars 1912, *Lafage*, rec. 348 ; *RDP* 1912, pp. 266-294 note G. Jèze ; GAJA 21e éd., n°22.

1582. CE, 18 novembre 2015, *M. S.*, rec. 396, concl. Bokdam-Tognetti.

1583. CE, 4 févr. 1976, *Elissonde*, rec. t. 1069.

Pour un large panorama, on peut se référer aux actes du colloque qui s'est tenu à Orléans en 2015 sur « le pouvoir d'injonction du juge administratif », publiés dans les numéros 3 et 4 de la *RFDA* de 2015. Le pouvoir d'injonction du juge administratif est prévu aux articles L. 911-1 et L. 911-2 du Code de justice administrative. Voir aussi : *L'injonction et l'exécution des décisions de justice*, PUAM, 2006, 204 pages ; SEILLER (B.), « Le juge administratif et la loi du 8 février 1995 : entre rupture et continuité », pp. 441-453 in *Le service public, Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, Paris, 2016.

1584. Pour une confirmation récente : CE, 25 mars 2013, *Association Les Ailes Varoises*, rec. t. 787 ; note N. Foulquier, *RDI* 2013, p. 275.

1585. BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution*

retrouve sa liberté et le juge n'y a plus de rôle.

B. L'impossibilité de prendre un acte à la place de l'administration en judicial review

La *judicial review* se caractérise également par une certaine limite dans les possibilités ouvertes aux juges une fois l'illégalité constatée puisqu'il leu est impossible de se substituer à l'autorité contrôlée[1586]. La fonction de la *judicial review* est de veiller au respect de l'intention du Parlement et à la séparation des pouvoirs. Pour les mêmes raisons, par son biais, les juges ne peuvent prendre la décision à la place de l'autorité compétente. En agissant ainsi, ils iraient à la fois contre la volonté du Parlement, et violeraient la séparation des pouvoirs. La limite ainsi exposée apparaît donc justifiée. Ce, d'autant plus que, par cette voie les juges ne peuvent contrôler les *merits* de la décision ou, dit autrement, décider si elle est bonne ou non. L'interdiction de la substitution en découle logiquement ; la célèbre citation d'Henrion de Pansey résonne ici encore.

Cette limitation est en parfait accord avec la mission principale de la *judicial review* : veiller à ce que l'autorité reste dans le domaine de sa compétence. Une fois le champ des décisions légales défini, le travail des cours se termine. Le requérant pourra avoir eu satisfaction en voyant la décision remise en cause ; pour autant, cela ne l'assure pas d'avoir, par la suite, une décision favorable de la part de l'administration[1587]. Ainsi, les trois *remedies* classiques, les *prerogative writs*, n'ont pas d'autres fonctions que celle-là. L'ordre d'annulation permet de faire disparaître l'acte illégal ; l'ordre de prohibition permet d'empêcher l'autorité de prendre un acte dépassant sa

---

et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir, *op. cit*., p. 71.

1586. YARDLEY (D.C.M.), « Remedies in Administrative Law », *British Journal of Administrative Law* 1957, pp. 69-89, p. 85 ; GREY (J.H.), « Discretion in Administrative Law », *Osgoode Hall Law Review* 1979, pp. 107-132, p. 132 ; CANE (P.), « The Constitutional Basis of Judicial Remedies in Public Law », pp. 242-270 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit.* ; HARE (I.), « The separation of powers and judicial review for error of law », voir p. 123 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; JOWELL (J.), « Of Vires and Vacuums : the constitutional context of judicial review », pp. 327-339, voir p. 332 in *Judicial Review and the Constitution*, *op. cit.* ; LE SUEUR (A.), SUNKIN (M.), et MURKENS (J.), *Public Law. Text, Cases, and Materials*, 2e éd. *op. cit.*, p. 695.

Voir : Lord Greene MR dans *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, pp. 228-229 ; Lord Bingham dans *Huang v. Secretary of State for the Home Department* [2007] UKHL 11, [13] et dans *R. (on the application of Corner House Research) v. Director of the Serious Fraud Office* [2008] UKHL 60, [41] ; Lady Hale dans *R. (on the application of A.) v. London Borough of Croydon* [2009] UKSC 8, [33].

1587. MANNING (J.), SALMON (S.) et BROWN (R.), *Judicial review proceedings, a practitioner's guide*, 3e éd., éd. Legal Group Action, Londres, 2013, 704 pages, p. 116.

R. (on the application of Yousuf) v. Secretary of State for the Home Department [2016] EWHC 663 : Holman J affirme avec clarté que la *judicial review* permet seulement de statuer sur la légalité d'une décision prise et non de contraindre l'administration en « regardant par dessus son épaule » lorsqu'elle prend la décision ([35]-[38]). Dans le même sens voir : *R. (on the application of ClientEarth) v. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs* [2016] EWHC 3613.

compétence ou de s'appuyer dessus pour continuer d'agir[1588] ; enfin, l'ordre d'obligation va servir à contraindre une autorité à respecter une obligation (et donc à agir, car telle est sa compétence), même lorsqu'elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire, sans pour autant déterminer dans ce cas le fond de la décision en cause[1589]. Les deux autres *remedies*, l'injonction et la déclaration, ajoutés par la réforme de 1977, et qui forment, avec les *prerogative writs*, la *judicial review*, n'empiètent pas plus sur ce terrain[1590].

Toutefois, deux précisions s'imposent concernant l'ordre d'annulation. D'une part, suite à une annulation, l'affaire peut être envoyée directement devant l'autorité décisionnaire, avec ordre de suivre le jugement rendu. Cela permet d'éviter au requérant de refaire une demande auprès d'elle, lorsqu'est annulé un refus de bénéficier d'un certain droit[1591]. D'autre part, et lorsque cela est permis, la cour peut se substituer à l'autorité[1592]. Ces mécanismes prévus par les textes restent toutefois d'un usage limité.

Malgré des développements importants quant à son champ, la *judicial review* est considérée comme un outil relativement limité de contrôle. Elle est surtout fondée sur l'idée de faire respecter la loi, en ce que cette dernière définit la compétence des autorités publiques. Par la même, c'est la compétence des cours qui se trouve également déterminée. C'est ainsi que s'expliquent les

1588. *R. v. Tottenham and District Tribunal, ex p. Northfield (Highgate) Ltd* [1957] 1 QB 103 ; *R. v. Liverpool Corporation, ex p. Liverpool Taxi Fleet Operators' Association* [1972] 2 QB 229 ; *R. v. Greater London Council, ex p. Blackburn* [1976] 1 WLR 550, p. 559 (Lord Denning MR).

1589. *R. v. Birmingham Licensing Planning Committee, ex p. Kennedy* [1972] 2 QB 140 (obligation de mettre fin à un système jugé illégal dans l'octroi d'autorisations d'exploitation et donc de ne plus considérer les demandes nouvelles au regard de ce système) ; *R. v. Tower Hamlets London Borough Council, ex p. Chetnik Developments* [1988] AC 858 (annulation des décisions d'un conseil local du fait d'un mauvais exercice de son pouvoir discrétionnaire et obligation de réexaminer les demandes de façon correcte) ; *R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Burrows* [1991] 2 QB 354 (obligation du Secrétaire d'État de connaître d'un appel).

Si une seule décision légale est possible, ou que l'administration a une obligation envers l'individu, cet ordre peut servir à contraindre l'administration à prendre cette décision ; il reste toutefois d'usage assez rare en ce sens : MANNING (J.), SALMON (S.) et BROWN (R.), *Judicial review proceedings, a practitioner's guide*, 3e éd., *op. cit.*, p. 117.

1590. Pour ce qui est de la première, son effet est relativement similaire à l'annulation en ce que cet ordre permet de déclarer nul un acte vicié par une erreur de compétence ; pour autant, elle reste non-coercitive, son non-respect n'entraînant pas de conséquence particulière pour l'autorité administrative (*Dyson v Attorney General* [1911] 1 KB 410) : RUBINSTEIN (A.), *Jurisdiction and Illegality. A Study in Public Law*, Clarendon Press, Oxford, 1965, 256 pages, pp. 116-120 ; ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit*, pp. 392-395 ; WOOLF (H.) et WOOLF (J.), *The Declaratory Judgment*, 4e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 2011, 341 pages ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 812 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 583-585).

Concernant la seconde, elle est proche de la *prohibition*, mais est utilisée, par voie de *judicial review*, surtout à titre temporaire, pour éviter l'exécution d'une décision dont la légalité est contestée lors d'un procès (*American Cyanamid Co v. Ethicon Ltd* [1975] AC 396) : CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 813-817 ; ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit*, pp. 395-396 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 2e éd., *op. cit.*, pp. 582-583).

Sur ces *remedies*, et leur utilisation dans le cadre du pouvoir discrétionnaire des juges *infra* : Partie II, Titre II, Chapitre II, Section II, II, B, 2, c.

1591. CPR Part 54,19 (2) (a).

1592. CPR Part 54, 19 (2) (b). Cela concerne surtout le cas dans lequel l'administration a le choix entre deux décisions, dont l'une a été considérée illégale par la cour.

différentes barrières existantes, et dont nous venons de faire état.

Conclusion du Chapitre I

Par le biais du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review*, les juges trouvent leur légitimité au sein de leurs ordres juridiques : ils veillent au respect de la loi, sans pouvoir contrôler l'opportunité des décisions (qui prend d'ailleurs un sens fonctionnel aussi bien concernant ce recours que la *judicial review*) ni pouvoir se substituer à l'administration. Il y a une même dichotomie entre domaine privilégié et domaine réservé de contrôle. Toutefois, une fois l'illégalité constatée, le juge anglais dispose de pouvoirs plus diversifiés que le juge de l'excès de pouvoir. Il n'est pas limité à l'annulation. Il ne se contente pas de dire ce que l'administration ne peut pas faire ; il peut encore lui enjoindre d'agir. Celui lui permet de mieux adapter son office au cas qui lui est soumis. La séparation des pouvoirs ne joue pas avec la même rigueur sur ce sujet, qu'en France. Cela est dû, en grande partie, à l'originalité que constitue la *judicial review*, procédure unique créée dans le but de regrouper différents ordres. Si aujourd'hui cette différence est largement à tempérer, du fait du développement des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir, ce trait caractéristique de la *judicial review* reste fondamental[1593].

Malgré cette différence, les deux recours sont traversés par des lignes de force très similaires. Il est encore possible de le constater lorsque l'on s'intéresse plus avant à la façon dont les juges contrôlent l'administration, mais aussi à la conception que les deux ordres juridiques développent quant à ces deux outils.

1593. Voir la Partie II, Titre II, Chapitre II, Section II.

La fonction des juges par le biais des recours est similaire. Pour autant, ces derniers, en tant que vecteur de contrôle, comme moyen particulier de saisine des juges, sont-ils réellement similaires ? Plus précisément, la *judicial review* peut-elle être qualifiée de « recours objectif » ? La conclusion positive, soutenue récemment[1594], n'est pas aussi évidente que pourrait le laisser suggérer une étude trop superficielle. Le statut attribué aux recours par leur ordre juridique respectif constitue une porte d'entrée utile pour leur comparaison. Il reflète, en effet, ce que l'on attend en particulier des juges, mais également des moyens mis à leur disposition à cette fin. Cette question a déjà été abordée sous l'angle des limites affectant le contrôle des juges. Ici, une étude des éléments plus positifs est nécessaire. Il est nécessaire de déterminer par quels éléments les juges s'attachent à contrôler l'action administrative. Il en ressort que, conformément à ce qui constitue la base des recours, les moyens traditionnels sont avant tout tournés vers le respect de la légalité (Section I.). Ils se sont donc construits, et ont été pensés dans ce but. Malgré cette similitude, et comme nous venons de le dire, il n'est pour autant pas possible de les assimiler complètement. Si le recours pour excès de pouvoir se présente classiquement comme un recours objectif, eu-égard notamment à son régime, tel n'est pas le cas de la *judicial review.* Centrée elle aussi sur le respect de la légalité, elle n'en constitue pas moins une voie de droit caractérisée par des éléments rendant impossible, selon nous, une telle conclusion (Section II.).

1594. PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, thèse, Dalloz, 2013, 1293 pages, pp. 839-860 ; « Regulation et *judicial review* », pp. 213-234 in *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives* sous la dir. de A. Antoine, Société de Législation Comparée, Paris, 2015.

Section I. Les moyens de contrôle ouverts aux juges pour assurer le respect de la loi

Dire que les juges font respecter la volonté du Parlement ne suffit pas. Il est nécessaire de démontrer que les moyens qu'ils utilisent sont en effet tournés exclusivement vers cette fin. En cela, l'étude des cas d'ouverture démontre que les juges mettent au cœur de leur office la sanction des actes de l'administration n'étant pas conformes à la loi. Il ne s'agit pas ici d'entreprendre une étude complète de ces cas d'ouverture, celle-ci étant effectuée plus loin[1595]. Plutôt, il est important de constater que, dès l'origine, le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* ont été forgés à cette fin. Ils se concentrent alors surtout sur des questions de compétences. Encore une fois, cela démontre l'enjeu qui parcourt le rôle des juges dans le contrôle de l'action administrative : il s'agit avant tout de veiller à ce que chaque autorité reste dans le domaine qui lui est assigné, les juges éta,t garant de cette répartition. Le recours pour excès de pouvoir a très tôt permis un tel contrôle, dès le XIXe siècle (I.). À l'inverse, la *judicial review* a connu un certain reflux au XIXe siècle, dû au développement de la démocratie parlementaire et à l'extension croissante des pouvoirs administratifs. Ce n'est que progressivement, dans la première moitié du XXe siècle, qu'elle va voir son domaine de contrôle être étendu (II.). Ce mouvement en droit anglais est révélateur des difficultés qu'ont connues les juges à accentuer leur contrôle en le justifiant par le respect de la loi. Bien plus que le juge administratif français, le juge anglais a vu se dresser devant lui des obstacles conceptuels sur lesquels il est nécessaire de se pencher avec attention.

I. Les moyens du contrôle du respect de la loi dans l'office du juge de l'excès de pouvoir : compétence et respect de la loi

Le lien entre recours pour excès de pouvoir et légalité n'est pas seulement fait en doctrine. Il est aussi présent dans les conclusions des commissaires du Gouvernement.

Ainsi, dans celles qu'il a prononcées dans l'affaire *Abbé Olivier*, Chardenet y explique que les juges doivent « examiner quelle est la limite des pouvoirs du maire » et « rechercher jusqu'à quel point les prescriptions de ses arrêtés sont légales et à partir de quel moment elles deviennent abusives »[1596]. Presque cent ans plus tard, le commissaire du Gouvernement Anne Courrèges relève que « l'excès de pouvoir est regardé comme un recours objectif d'ordre public, ayant pour objet

1595. Voir i*nfra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I.
1596. CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, rec. 181 ; *Sirey*, 1909.3.34, p. 35, concl. Chardenet ; GAJA 21e éd., n°18,

d'assurer le respect de la légalité »[1597]. À l'occasion de l'arrêt *Dame Lamotte*, le Conseil d'État a défini le recours pour excès de pouvoir comme ayant « pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité »[1598].

La présentation est donc assumée par le Conseil d'État. Il faut cependant préciser ce qu'elle signifie et comment elle s'illustre. Si l'on entend, à l'instar d'Eisenmann, le principe de légalité comme le respect de la loi, acte du Parlement, par l'administration, force est de constater qu'à l'origine, le recours pour excès de pouvoir ne permet pas de faire respecter la légalité dans son sens entier. En effet, dès ses premiers pas, le recours pour excès de pouvoir permet surtout de sanctionner l'incompétence des autorités administratives[1599]. C'est un élément fondamental dans la comparaison avec la *judicial review*. L'émergence du recours pour excès de pouvoir s'est faite dans un contexte dans lequel la légalité et la compétence étaient largement interconnectées. Garantir la première consistait à veiller au respect de la seconde. Les évolutions futures du contrôle des juges vont distendre ce lien en diversifiant les cas d'illégalité.

Tout au long du XIXe siècle, le Conseil d'État va augmenter progressivement le champ des éléments contrôlés. Il intègre ainsi le vice de forme[1600]. Pendant longtemps, le contrôle se limite aux éléments externes de l'acte. Le Conseil d'État se refusait à en contrôler le fond, le contenu. En cela, la notion d'excès de pouvoir était rapprochée alors de la notion, utilisée par la Cour de cassation[1601].

Ce n'est qu'en 1867, avec l'arrêt *Bizet*, que le Conseil d'État, admet de façon certaine, de contrôler la violation de la loi et des droits acquis[1602]. Par ce biais, il ouvre la porte aux contestations portant sur le fond de l'acte. Avant cet arrêt, le juge du Palais Royal avait déjà franchi une étape importante en acceptant de contrôler, et de censurer, dans l'espèce concernée, un acte administratif pour détournement de pouvoir[1603]. Léon Aucoc ne s'y trompe pas en affirmant, à propos de l'arrêt

1597. CE, 30 janvier 2008, *Ville de Paris*, rec. 21, p. 24.
1598. CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, rec. 110 ; *RDP* 1951, p. 478, concl. Delvolvé ; GAJA 21e éd., n°57.
1599. Voir le I de l'introduction.
1600. LAMPUE (P), « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *op. cit.,* p. 374 ; VELLEY (S.), *Les origines du principe de légalité en droit public français, op. cit.*, pp. 357-358.
1601. LAMPUE (P), *ibid.,* p. 375 ; VELLEY (S.), *ibid.*, pp. 288-289.
1602. CE, 13 mars 1867, *Bizet*, rec. 271.
Voir : VELLEY (S.), *ibid.*, pp. 360-366.
Toutefois, Laferrière semble défendre un autre point de vue. Selon le Vice-Président du Conseil d'État, le décret du 2 novembre 1864 a incité le juge à rapprocher le recours pour excès de pouvoir et l'ancien recours contentieux en violation de la loi et des droits acquis. Mais, pour Laferrière, « nul arrêt de principe n'érigea cette assimilation en doctrine, mais elle n'en fut pas moins réalisée en jurisprudence ». Dans la note de bas de page qui suit, et illustre ce rapprochement, Laferrière ne vise pas l'arrêt *Bizet* (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, *op. cit.*, p. 410).
1603. CE, 24 février 1864, *Lesbats*, rec. 209, concl. L'Hopital.

Pariset[1604], rendu quelques années plus tard, que par ce cas d'ouverture, « ce n'est plus ici la violation du texte de la loi qui est réprimée, c'est la violation de son esprit. Ce n'est plus seulement le dispositif de l'acte attaqué qui est examiné, ce sont ses motifs, c'est l'intention qui l'a dicté. Il est difficile de pousser plus loin la recherche scrupuleuse de la légalité »[1605]. Il est toutefois assez étonnant de noter que le détournement de pouvoir ait été sanctionné avant la violation de la loi. Portant son regard plus profondément par le biais du premier, le Conseil d'État aurait dû, logiquement, avoir plus de facilité à consacrer le second. L'explication vient de l'indécision qui a parcouru la jurisprudence durant la première moitié du XIXe siècle. Par des mouvements de flux et de reflux, certains arrêts tantôt acceptent, tantôt refusent, le contrôle de la violation de la loi. Le détournement de pouvoir va permettre de sanctionner la violation de la loi, mais implicitement. La confusion entre les deux cas d'ouverture est alors réelle. Ce n'est que par une lecture particulière de l'arrêt *Bizet*, qu'ils seront nettement distingués par la suite[1606].

Le développement de la *judicial review* dans la sanction des erreurs de droit est plus récent et a été plus chaotique. Il mérite de s'y intéresser plus longuement.

II. Les moyens de contrôle du juge par la voie de la *judicial review* : la détermination de la compétence de l'autorité décisionnaire

La notion de « compétence » (*jurisdiction*) est fondamentale pour comprendre la délimitation du contrôle opéré par les juges[1607]. Par exemple, dans l'affaire *Ridge v. Baldwin*, la question était la suivante : le non-respect des principes procéduraux lors de la prise d'une sanction conduit-il à considérer que l'autorité a agi en dehors de sa « compétence »[1608] ? William Wade et Christopher Forsyth s'appuient sur un jugement de Holt C.J, rendu en 1695, pour démontrer la longévité de ce principe. Le juge y affirme que « si les commissaires sont intervenus dans une

1604. CE, 26 novembre 1875, *Pariset*, rec. 934 ; GAJA, 21e éd., n°4.
1605. AUCOC (L.), *Des recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'État*, Extrait du compte-rendu de l'Académie des Sciences morales et politiques, 1878, Paris, 51 pages, p. 43.
1606. LAMPUE (P.), *ibid.,* pp. 383-384 ; VELLEY (S.), *ibid.*, pp. 358-366.
1607. HARE (I.), « The separation of powers and judicial review for error of law », pp. 113-139 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; LAWS (J.) et HOOPER (B.), « Illegality : the Problem of Jurisdiction », pp. 91-115 in *Judicial Review*, sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 179-183 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 29-30 et pp. 207-234 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.N.E.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit*., pp. 33-81.
1608. *Ridge v. Baldwin* [1964] AC 40. La question n'est pas résolue de la même manière par tous les juges : Lord Hodson (p. 136) et Lord Morris (p. 126) donnent une réponse positive ; ce n'est pas le cas de Lord Devlin (pp. 140-141).

affaire qui ne relevait pas de leur compétence (jurisdiction), alors tout est nul et non avenu […] ; mais autrement, s'ils commettent une erreur de jugement dans un domaine relevant de leur pouvoir (conusance), il n'y a pas de contrôle, sauf par voie d'appel »[1609]. La terminologie employée fait écho à l'histoire de la *judicial review*[1610]. Elle est, à ses débuts, ou plus exactement aux premiers pas des *prerogative writs*, un moyen de contrôle des juridictions inférieures. Le fait que les juges parlent de « *jurisdiction* » tant pour traiter de la compétence des autorités contrôlées, que des cours exerçant ce contrôle, révèle ce lien de filiation historique[1611]. Le droit administratif anglais est entier irrigué par cette notion.

Plusieurs éléments ressortent de la citation du juge. Deux surtout nous intéressent ici. D'une part, il est important pour les juges de déterminer ce qui relève de la compétence de l'autorité contrôlée et de ce qui n'en relève pas. Cette ligne de démarcation guide le champ du contrôle juridictionnel. Si la question à résoudre porte sur la détermination de la compétence de l'autorité alors les cours doivent intervenir ; autrement, elles doivent s'abstenir au nom de la séparation des pouvoirs. Un domaine clair réservé aux cours apparaît : il s'agit de veiller au respect de la compétence (*jurisdiction*) de l'autorité publique. C'est là le cœur de la doctrine de l'*ultra vires*. Le rôle constitutionnel des cours est légitime. Le contrôle opéré, censé reposer sur des bases solides, peut être exercé avec une certaine force par les juges et entraîner des conséquences radicales à l'encontre de l'acte illégal.

Pendant longtemps, elle a constitué une porte d'entrée limitée dans le contrôle de l'autorité décisionnaire, ne permettant de sanctionner qu'un nombre très restreint d'erreurs (A.). Néanmoins, sans la remettre en cause, les juges ont su, en partie, contourner ces limites. Ils ont ainsi pu entrer plus profondément dans l'appréciation des éléments conditionnant l'exercice du pouvoir de l'administration (B.). La jurisprudence n'évoluera en fait clairement sur ce point que dans les années

---

1609. *Fuller v. Fotch* (1695) Carthew 346, cité dans leur manuel : *ibid*., p. 207.
Voir également pour de nombreux exemples datant du XVIIe et XVIIIe siècles : HENDERSON (E.G.), *Foundations of English Administrative Law. Certiorari and Mandamus in the Seventeeth Century*, Harvard University Press, Cambridge, 1963, 204 pages, notamment pp. 117-159. Voir également l'appendice D (pp. 182-186) reproduisant l'affaire *Commins v. Sir William Massum* (KB, Easter 1642) et dans laquelle Sir Robert Hearth relève affirme notamment : « […] cette Cour ne peuvent pas contrôler si les décisions sont bonnes ou non : Nous sommes seulement ici pour contrôler *leur Compétenc*e (Jurisdiction) *sur l'affaire, non pas leur Décision* (Justice) » (c'est le juge qui souligne).
Voir aussi : MURRAY (P.), « Process, Substance and the History of Error of Law », pp. 87-111 in *Public Law and Adjudication in Common law Systems. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell et al., *op. cit*.
1610. Voir le I de l'introduction.
FLOGAÏTIS (S.), *Administrative Law et Droit Administratif*, *op. cit.*, pp. 181-182.
Voir le jugement de Lord Diplock dans la décision rendue par la Cour d'Appel dans l'affaire *Anismic*, étudiant les deux emplois de ce même terme pour ce qui est d'une autorité rattachée à l'exécutif et pour ce qui est de la Haute Cour de Justice : *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission* [1968] 2 QB 862, pp. 887-905.
1611. GRIFFITH (J.A.G), STREET (H.), *Principles of Administrative Law*, 1ere éd., Sir Isaac Pitman & Sons, Londres, 1952, 316 pages, pp. 205-208 ; HENDERSON (E.G.), *ibid.* ; RUBINSTEIN (A.), *Jurisdiction and Illegality. A Study in Public Law*, *op. cit.* ; DE SMITH (S.A), *Judicial Review of Administrative Action*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 83-84 et pp. 94-110 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 179-183.

soixante par le biais de la décision *Anisminic*. Cette dernière va conduire à unifier le contrôle des erreurs de droit, et en faire des « excès de compétence » (C.).

A. L'importance de la notion de « compétence » de l'autorité décisionnaire octroyant un rôle limité aux juges

La notion de « compétence » peut être considérée comme la pierre angulaire du contrôle de *judicial review*. Elle permet de distinguer entre deux types de questions et donc deux types d'erreurs potentielles : les questions portant sur la détermination de la compétence de l'autorité et les questions relevant de la compétence de l'autorité. Cette ligne de fracture a été longtemps au cœur des débats entre les juges. Dès lors, « les erreurs qui avaient rapport avec le *type*, la *nature* ou *l'étendue* d'un domaine (case) dans lequel une autorité publique peut prendre une décision (inquire) étaient considérées comme affectant sa compétence (jurisdictional). Les erreurs qui concernaient la *véracité* ou le *détail* des conclusions (findings) étaient placées dans la catégorie des erreurs n'affectant pas la compétence (non-jurisdictional) »[1612]. La citation démontre l'importance de la démarcation. Suivant la catégorie à laquelle appartient l'erreur commise, les juges pouvaient ou non intervenir.

Dit autrement, « compétence signifie pouvoir de décider »[1613]. Si un organe a compétence, il a l'autorité pour décider dans un domaine donné ; il agit alors *intra vires* (ou à l'intérieur de ses pouvoirs). Si un organe agit en dehors de sa compétence, il n'a pas le pouvoir de décider dans le domaine donné ; il agit *ultra vires* (ou en dehors de ses pouvoirs) »[1614]. En cela, la compétence « signifie simplement « pouvoir », bien que parfois il prenne le sens un peu plus restrictif de « pouvoir de décider », i. e. lorsqu'il s'applique aux tribunaux créés par la loi »[1615]. Le terme est donc

1612. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 472 (C'est l'auteur qui souligne).
Cette distinction est soutenue par Gordon : GORDON (D.M.), « The Observance of law as a Condition of Jurisdiction », *LQR* 1931, pp. 386-410 (Partie I) et pp. 557-587 (Partie II).
1613. DE SMITH (S.A), *Judicial Review of Administrative Action*, 3e éd., *op. cit.*, p. 96.
1614. POLLARD (D.), PARPWORTH (N.) et HUGHES (D.), *Constitutional and Administrative Law. Text with materials*, 4e éd., OUP, Oxford, 2007, 920 pages, p. 525.
Voir également : DISTEL (M.), « Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration en Grande Bretagne », *RIDC* 1982, pp. 41-100, notamment pp. 71 et s.
1615. WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, p. 29.
Voir également : ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law. Text and Materials*, 5e éd., *op. cit*., p. 33 (le terme est aussi défini par le mot « pouvoir ») ; GREY (H.J.), « Discretion in Administrative Law », *Osgoode Hall Law Review*, 1979, pp. 107-132 : l'auteur cite explicitement l'auteur francophone Dussault, en parlant de « capacité d'agir » (p. 110).
Sur les difficultés qui peuvent naître sur sa définition : HARE (I.), « The separation of powers and judicial review for error of law », pp. 115-117 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit*.

substantiellement vide ; il renvoie uniquement à la capacité de l'autorité à agir, à décider, sans préjuger du fond de la décision. Cette dernière peut être bonne ou mauvaise, se baser sur des éléments erronés ou réels, cela ne relève pas des juges devant connaître d'une *judicial review* : c'est ce qui est appelé, par certains auteurs, la théorie « pure » de la compétence[1616].

Ainsi formulé, le contrôle des juges a pu apparaître restreint. Un cas en particulier illustre ce problème, et a grandement influencé le droit administratif anglais : il s'agit du jugement rendu par Lord Denman C.J, en 1841, dans le cas *Bolton*[1617]. Le requérant avait été condamné à de la prison et expulsé d'une maison détenue par la communauté dans laquelle il résidait en qualité d'indigent. Or, Bolton affirmait payer un loyer pour ce logement, et ne pas être « indigent ». Dans son jugement, Lord Denman C.J va opposer deux éléments[1618]. D'une part, si la question porte sur la nature ou l'importance de l'infraction commise par l'individu, alors elle affecte nécessairement la compétence de l'autorité. L'affirmation en ce sens est claire : « la question de la compétence ne dépend pas de la véracité ou non de l'accusation, mais de sa nature : elle doit être déterminée au début, et non à la conclusion, de l'enquête »[1619]. D'autre part, une fois cette question déterminée par voie des *prerogative writs*, l'autorité est pleinement compétente. Sa décision ne peut être remise en cause, même si elle comporte une erreur. Ainsi, la qualité d'indigent ne détermine par l'étendue du pouvoir de l'organe selon le Lord. Même si le requérant parvenait à prouver qu'il était bien locataire, les juges ne pourraient remettre en cause la décision : « même si la décision est injuste ou peu judicieuse sur le fond, nous ne pouvons la remettre en cause sur ces fondements »[1620].

Cette affaire fait ressortir trois idées. En premier lieu, elle confirme le caractère fondamental de la distinction entre les éléments affectant la compétence et ceux relevant de la compétence de l'autorité. Ancienne, elle structure le contrôle par voie de *prerogative writs*, en définissant leurs limites[1621]. Comme il a été clairement affirmé par Lord Reid : un organe « ne détruit pas sa compétence en prenant une mauvaise décision »[1622]. Toute l'importance de la dichotomie mise en évidence transparaît ici. En second lieu, elle permet de souligner le caractère aléatoire de la

1616. BEATSON (J.), « The Scope of Judicial Review for Error of Law », *OJLS* 1984, pp. 22-45, p. 25 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 181-182.
Elle est notamment défendue par Gordon : GORDON (D.M.), « Certiorari and the Revival of Error in Fact », *LQR* 1926, pp. 521-535 ; « The Observation of Law as a Condition of Jurisdiction », *LQR* 1931, pp. 386-410 (Partie I) et pp. 557-587 (Partie II).
1617. *R. v. Bolton* (1841) 1 QB 66.
Sur cette décision, voir : WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 213-214 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 481-482 ; MURRAY (P.), « Escaping the wilderness : R. v. Bolton and judicial review for error of law », *CLJ* 2016, pp. 333-365.
1618. *ibid*., pp. 72-74.
1619. *ibid*., p. 74
1620. *ibid*., p. 72.
1621. La distinction avait déjà été affirmée par Lord Coke dans l'affaire *Marshalsea* ((1616) 10 Co Rep 68b).
1622. *R. v. Governor of Brixton Prison, ex p. Armah* [1968] AC 192, p. 234.

distinction. La qualité d'indigent aurait pu, et aurait certainement dû, être considérée comme affectant la compétence de l'organe[1623]. Sans elle, la décision d'expulsion n'était pas fondée. La relativité de la qualification rend incertaine l'étendue du contrôle des juges. Elle apparaît comme une barrière infranchissable, mais aléatoirement posée[1624]. Enfin, tel qu'il ressort de l'affaire *Bolton*, le rôle des juges est des plus limité. Ils ne font que constater que la nature du domaine dans lequel l'autorité va agir relève de sa compétence. Si tel n'est pas le cas, l'organe manque alors de compétence pour agir (*lack of jurisdiction*). Cette détermination *a priori*, car faite avant tout regard sur la question, est nécessairement incertaine. Elle laisse une liberté très importante à l'autorité décisionnaire[1625].

Le lien entre souveraineté du Parlement, séparation des pouvoirs et *judicial review* apparaît ici clairement. Son respect strict limite grandement le contrôle des juges. La loi octroie une compétence à l'autorité décisionnaire, dans laquelle ne peuvent entrer les cours. Il leur suffit alors de constater son existence, par le biais de la lecture et de l'interprétation de la loi. Un jugement de Lord Esher, rendu en 1888 dans l'affaire *R. v. Special Commissioners of Income Tax* est souvent cité par les juges à l'appui de cette idée : « le Législateur peut confier au tribunal ou à l'organe une compétence, incluant la compétence pour déterminer si certains faits préliminaires tout comme la compétence elle-même, d'aller plus loin ou faire plus. […] dans ce cas, il est erroné de dire que

1623. La solution retenue est utilisée postérieurement par Lord Denning MR pour illustrer le « black out dans le développement du droit administratif » : *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237, p. 253. Elle donnera pourtant lieu à de nombreuses solutions similaires : WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, p. 214.

1624. Ainsi, dans l'affaire *The King v. Bloomsbury Income Tax Commissioners* ([1915] 3 KB 768), la section 52 du *Taxe Management Act* 1880 prévoyait que si l'inspecteur « découvre » que certains profits imposables n'ont pas été inclus dans la première évaluation de l'impôt, alors le Commissaire secondaire prendre un acte additionnel. Lord Reading C.J considère que « notre jugement dans cette affaire doit dépendre du sens que l'on donne au langage de certaines sections des lois relatives à l'impôt » (p. 779). Ainsi, les mots clés en cause vont recevoir une acception très large. Constitue une « découverte » la conclusion à laquelle arrive honnêtement l'inspecteur au regard des éléments dont il dispose ; il n'est pas nécessaire que les faits soient justifiés par des preuves (*idem*). À partir de cette détermination, l'individu sera considéré comme « soumis à l'impôt », dans le sens de la loi, et ce même s'il conteste la véracité de cette qualification. Ainsi, même si la conclusion de l'inspecteur est erronée, un recours par voie de *prerogative writs* n'est pas possible, car cela relève de sa compétence (pp. 781-782). Une même logique se retrouve dans le jugement de Avory J. : « à mon avis, l'argument principal peut être tranché en posant la seule question de savoir si la section 52 doit être interprétée comme s'appliquant uniquement aux opérations affectant une personne qui est imposable au regard d'un jugement de la Cour, en fait et en droit, ou si elle s'applique à toute personne que l'inspecteur a honnêtement des raisons de considérer comme imposable » (p. 788). Le juge adopte la seconde et considère que le Parlement a confié la résolution de cette question à la compétence de l'inspecteur (pp. 789-790). Le seul contrôle possible par voie de *prerogative writs* arrive si aucun élément concret ne fonde la « découverte » de l'inspecteur (pp. 791-792).

1625. Par exemple, dans l'affaire *R. v. Swansea Income Tax Commissioners, ex p. Crown Spelter and Co Ltd* ([1925] 2 KB 250), le Commissaire Général avait décidé de soumettre à l'impôt une entreprise pour les bénéfices réaliser sur les trois dernières années. Toutefois, l'entreprise s'y oppose, en invoquant le fait que l'année où cette détermination est faite a été pour elle déficitaire, l'exonérant ainsi pour les années antérieures. Cette conclusion est contestée par le Commissaire. La Haute Cour va rejeter la demande de la requérante. Lord Hewart souligne, notamment, qu'il n'appartient pas aux juges de décider, par voie de *prerogative writs*, si l'année contestée était ou non déficitaire. Selon lui, l'argument de l'entreprise « implique que la Cour doive entreprendre la tâche que la loi a clairement confiée au Commissaire Général » (p. 256). Il ne peut donc y avoir un excès ou un manque de compétence de l'autorité dans cette question, puisque la loi lui a clairement confié, et ce, même en cas d'erreur dans d'évaluation (pp. 258-259 (Avory J.)).

selon la formule classique le tribunal ne peut pas se donner lui-même compétence en prenant une décision erronée concernant les faits existants, parce que le Législateur lui a confié la compétence pour déterminer tous les fais, incluant les faits préliminaires desquels dépend sa compétence »[1626].

Cela ne revient pas à dire qu'aucun contrôle juridictionnel ne sera possible. Seulement, il se fera par la voie de l'appel car la question soulevée relèvera alors des *merits* (opportunité) de la décision[1627]. Malgré cela, les juges ont dû, et su, développer leur contrôle par la voie de la *judicial review*. En effet, en l'état, la situation permettait aux autorités administratives de définir elles-mêmes leur propre compétence. L'affaire *Bolton* en est un exemple topique, quoiqu'extrême. La citation de Lord Esher la met également clairement en évidence.

B. L'extension du contrôle par le développement de techniques particulières

Le contrôle des juges n'apparaissait pas suffisant. Deux méthodes ont permis de limiter les problèmes posés par la jurisprudence *Bolton* : la doctrine dite de la « question préliminaire » (*preliminary question*) ou du « fait collatéral » (*collateral fact*) (1.) ; et la redécouverte du contrôle des « erreurs de droit apparentes » (*errors on the face of the record*) (2.). Malgré leur importance, ces dernières ne permettaient pas un contrôle efficace, ni totalement cohérent.

1. La doctrine de la « question préliminaire » : le contrôle des conditions de la compétence

La citation faite plus haut du jugement de Lord Esher se compose d'une autre partie : « Quand une cour inférieure ou un tribunal ou un organe, qui a à exercer un pouvoir sur certains faits, est créé par une loi du Parlement, le Législateur doit considérer quels pouvoirs seront confiés à ce tribunal ou à cet organe. Il peut en effet dire que, si un certain ensemble de faits existe et que le tribunal ou l'organe doit accomplir certaines formalités avant d'agir, il doit avoir compétence avant d'agir, et il ne peut en aller autrement. Il ne lui revient pas de décider de façon définitive sur l'existence de ces faits, et s'il exerce sa compétence alors qu'ils n'existent pas, sa décision peut être contestée, et il sera affirmé qu'il a agi sans compétence »[1628]. Il y a, dans ce cas, certaines conditions qui peuvent être nécessaires pour matérialiser la compétence de l'autorité. Sans elles, cette dernière n'existe pas ; l'action de l'organe en cause est prise sans compétence. Il n'y a donc pas de remise en

1626. *R. v. Special Commissioners of Income Tax* (1888) 21 QBD 313, p. 319.
1627. Voir *infra* sur la notion d'appel : Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II, II, A.
1628. *R. v. Special Commissioners of Income Tax* (1888) 21 QBD 313, p. 319.

cause de la logique principale exposée plus haut, mais plus un affinement du regard porté par les juges.

Les questions pouvant ainsi être tranchées par les juges sont appelées « incidentes » (*collateral*) au motif qu'elles portent sur un élément « préliminaire » (*preliminary*), et non sur « le fond » (*merits*) de la décision en cause[1629]. Elles ne concernent pas l'exercice de la compétence, mais son existence. Cette terminologie est aussi bien utilisée par les juges[1630] que par la doctrine[1631]. Ainsi, dans l'affaire *Zerek*, Goddard C.J rappelle que « si un certain état de fait doit exister pour qu'un tribunal inférieur ait compétence, ils peuvent prendre une décision sur l'existence de ces faits afin de décider s'ils ont ou non compétence, mais ils ne peuvent pas s'octroyer compétence en prenant une décision erronée à ce sujet […] La décision concernant ces faits est considérée comme incidente car, alors que la compétence de l'autorité dépend d'elle, il ne s'agit pas de la question principale que le tribunal a à trancher »[1632]. En l'espèce, il s'agissait pour le tribunal de déterminer le loyer raisonnable pouvant être fixé à un bien loué. Plus précisément, le bail, passé à l'oral, portait sur un bien non meublé. Le propriétaire contestait toutefois cette qualification, au motif qu'un accord écrit postérieur avait été passé avec le locataire, pour lequel il avait laissé des meubles. Le tribunal n'admet pourtant pas cet argument, considère l'acte non valide et fixe un loyer plus bas que celui y étant précisé. La Cour va dans le sens du tribunal, et considère que le bien n'était pas meublé, conduisant à la compétence du tribunal pour fixer le loyer en conséquence. Devlin J. considère ainsi : « il n'est pas contesté que la preuve que le bien était non meublé est un prérequis à l'exercice de la compétence du tribunal, en vertu de la section 1, de fixer un loyer raisonnable. De même, il est accepté que dès lors que la compétence du tribunal dépend de l'existence d'un bien non meublé, il ne peut […] se donner compétence simplement par sa détermination des faits »[1633].

1629. *Bunbury v. Fuller* (1853) 9 Ex 111, p. 140 (Coleridge J.)

1630. *R. v. Lincolnshire Justices, ex p. Brett* [1926] 2 KB 192, p. 202 (Atkin LJ).
Voir également les affaires étudiées par la suite.

1631. YEATS (I.), « Findings of Fact : The Role of the Courts », pp. 131-153 in *Administrative Law and Government Action*, sous la dir. de H. Richardson et H. Genn, *op. cit.* ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, p. 178 ; FORSYTH (C.) et DRING (E.), « The Final Frontier : The Emergence of Material Error of Fact as a Ground for Judicial Review », pp. 245-263, notamment pp. 247-258 in *Effective Judicial Review : A Cornerstone of Good Governance*, sous la dir. de C. Forsyth, M. Elliott, S. Jhaveri, M. Ramsden et A. Scully-Hill, OUP, Oxford, 2010 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 210-212 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 473-474 ; « Judicial review of questions of law : a comparative perspective », pp. 449-465, notamment p. 450 in *Comparative Administrative Law*, sous la dir. de S. Rose-Ackerman et P. L. Lindseth, *op. cit.* ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 499-500.

1632. *R. v. Fulham, Hammersmith and Kensington Rent Tribunal, ex p. Zerek* [1951] 2 KB 1, p. 6. Voir également : Humphreys CJ. (p. 9) et Devlin LJ (pp. 9-11).
Voir Lord Esher M.R. dans *R. v. Special Commissioners of Income Tax* ((1888) 21 QBD 313, p. 319).
Voir également Lord Wilberforce dans *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council* ([1977] AC 1014) : « si une décision nécessite, avant d'être prise, l'existence de certains […] la cour doit déterminer si ces faits existent, et ont été pris en compte, si la décision repose sur une détermination libre de ces faits, si le jugement ne repose pas sur des faits autres que ceux devant être pris en compte » (p. 1047).

1633. *ibid*., p. 9. De même : « si le tribunal prétend de façon erronée avoir compétence, la partie qui a prétendument obtenu une décision favorable n'a en réalité rien eu du tout. L'ensemble de la procédure est […] nulle et non avenue »

Toutefois, la détermination de ce qui est ici « raisonnable » n'appartient qu'au tribunal[1634]. Les propos des deux juges ont été repris avec approbation, récemment, par Beatson J : la décision dans *Zerek* a clairement mis en évidence la capacité des cours à connaître d'un recours visant à contrôler les appréciations de l'autorité contrôlée sur sa compétence[1635].

Ces questions dites préliminaires apparaissent comme des conditions devant être remplies afin que soit constituée la compétence de l'organe ; sans elles, l'organe n'a pas de compétence (*lack of jurisdiction*). L'autorité décisionnaire sera la première à déterminer si elle peut ou non agir. Les juges, par voie de *judicial review*, contrôleront alors si la détermination est exacte ou non. Il peut s'agir tant d'éléments procéduraux fixés par la loi à respecter[1636] ; du respect de la composition de l'organe[1637] ; de sa compétence territoriale[1638] ; mais aussi de l'impossibilité de prendre une certaine décision[1639]. Ces éléments posent tant des questions de droit que de fait. Le but est de contraindre l'organe à rester dans le champ de sa compétence, sans lui permettre de décider de son étendue. Les juges sanctionnent donc tant les erreurs de fait que de droit affectant la compétence de l'autorité publique.

Néanmoins, les distinctions sont avant tout fonctionnelles et démontrent une approche largement pragmatique des juges[1640]. Ceux-ci peuvent jouer sur les qualifications afin de considérer

---

(p. 10).

1634. *R. v. Paddington and St. Marylebone Furnished Houses Rent Tribunal, ex p. Kendal Hotels Ltd* [1947] 1 ALL ER 448.

1635. *R. (on the applications of YZ, MT, YM) v. Secretary of State for the Home Department* [2011] EWHC 205, [92] : la décision *Zerek* « a établi qu'une cour ayant à connaître d'une demande de judicial review doit apprécier l'exactitude des conclusions d'un organe inférieur sur une question de compétence ou de fait incidente. Cela est dû au fait que la question est de celle dont dépend la compétence de l'organe pour décider ».

1636. *Vine v. National Dock Labour Board* [1957] AC 488.

1637. *R. v. Inner London Quarter Session, ex p. D'Souza* [1970] 1 WLR 376.

1638. *R. v. Kensington Income Tax Commissioners, ex p. Aramayo* [1913] 3 KB 870 : l'administration fiscale du quartier londonien de Kensington ne peut connaître des activités d'un résidant de ce quartier, mais dont l'entreprise est à la City de Londres. C'est le Commissaire de la City qui en est chargé.

R. v. Swansea Income Tax Commissioners, ex p. Crown Spelter and Co Ltd [1925] 2 KB 250, p. 254. Lord Hewart CJ débute son jugement par une affirmation presque anodine mais pourtant révélatrice : « la compagnie commerciale, qui relève de la compétence du Commissaire Général de Swansea […] ».

Il est possible de se référer à l'affaire *Nichols* : le requérant avait été soumis à la décision d'une autorité seulement compétente pour la ville de Hatfield alors que lui vivait à Totteridge (*Nichols v Walker* (1632-1633) Cro. Car. 394, citée par Paul Craig : *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 482).

Voir également : *R. v. Lincolnshire Justices, ex p. Brett* [1926] 2 KB 192, p. 202 (Atkin LJ).

1639. DE SMITH (S.A.), *Judicial Review of Administrative Action*, 3e éd., *op. cit.*, p. 101.

1640. HENDERSON (E.G.), *Foundations of English Administrative Law. Certiorari and Mandamus in the Seventeeth Century*, *op. cit.*, pp. 158-159 ; DE SMITH (S.A), *Judicial Review of Administrative Action*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 99-104 et pp. 105-106 ; BEATSON (J.), « The Scope of Judicial Review for Error of Law », *op. cit.*, p. 2 ; HARE (I.), The Separation of Power and Judicial Review for Error of Law », voir p. 118 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC*, sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; FORSYTH (C.) et DRING (E.), « The Final Frontier : The Emergence of Material Error of Fact as a Ground for Judicial Review », p. 248 in *Effective Judicial Review : A Cornerstone of Good Governance*, sous la dir. de C. Forsyth et al., *op. cit.*

comme préliminaires tout élément qu'ils veulent contrôler[1641]. Avec cette approche, il n'y a plus de véritable différence entre le contrôle de la capacité à agir et l'exercice de la compétence.

2. La redécouverte d'un contrôle sur les « erreurs de droit apparentes »

Il faut ici se rappeler que l'un des *prerogative writs*, ancêtres de la *judicial review*, avaient pour fonction de permettre à la Cour du Banc du Roi de connaître d'un dossier : il s'agit du *certiorari*[1642]. Les juges s'en tenaient alors aux éléments qu'il contenait : cela signifie que ce qui était véritablement contrôlé alors, ce n'était pas uniquement la compétence de l'autorité, mais également le fond de l'appréciation portée par l'administration. Les juges pouvaient alors sanctionner toutes erreurs qui apparaissaient flagrantes au regard du contenu du dossier : on parle d'erreur « *on the face of the record* » (apparente à la lecture du dossier). En parallèle, au milieu du XVIIIe siècle, le contrôle de la compétence s'autonomise de l'étude des seuls éléments du dossier, pour devenir un cas à part, pour lequel les requérants peuvent apporter des preuves nouvelles, se trouvant en dehors du dossier[1643]. Au XIXe siècle, les choses s'inversent. Le *certiorari* s'éteint progressivement concernant les éléments du dossier, ne laissant alors que le contrôle de la compétence comme moyen de contrôle[1644]. En 1922, Lord Sumner va jusqu'à affirmer que « le contenu du dossier ne « parle » plus : il est devenu le visage fermé du Sphinx »[1645]. Tombé en désuétude, il sera pourtant réutilisé dans l'affaire *Shaw*[1646].

Le litige portait sur l'indemnisation d'un agent renvoyé de son emploi. Le tribunal devait prendre en compte la durée de son « service » afin d'en déterminer le montant. En principe, une telle question appartient à la compétence de l'autorité décisionnaire. Comme le rappelle Lord Denning :

1641. Lord Wilberforce l'admet explicitement dans l'affaire *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147, p. 208.
1642. Voir l'introduction.
Voir : Lord Denning dans *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw* [1952] 1 KB 338, p. 347.
1643. MURRAY (P.), « Escaping the wilderness : R. v. Bolton and judicial review for error of law », *op. cit.*, notamment pp. 635-636.
1644. Pour des développements plus importants : RUBINSTEIN (A.), « Bads on Its Face », *PL* 1964, pp. 256-275 ; *Jurisdiction and Illegality. A Study in Public Law*, Clarendon Press, Oxford, 1965, 256 pages, pp. 170-176 et pp. 217-219 ; DE SMITH (S.A), *Judicial Review of Administrative Action*, 3e éd., Stevens & Sons Limited, Londres, 1973, 549 pages, pp. 353-362 ; WADE (C.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 224-225 ; MURRAY (P.), « Process, Substance and the History of Error of Law », pp. 87-111 in *Public Law and Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell, M. Elliott, J. N.E. Varuhas et P. Murray, Hart Publishing, Oxford, 2016 ; « Escaping the wilderness : R. v. Bolton and judicial review for error of law », *op. cit*.
Voir, là encore, l'historique qu'en fait Lord Denning dans *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw* ([1952] 1 KB 338, notamment p. 348).
1645. *R. v. Nat Bell Liquors Ltd* [1922] 2 AC 128, p. 159.
1646. *R. v Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw* [1952] 1 KB 338.
Voir l'article de Lord Diplock : « Judicial Control of the Administrative Process », *Current Legal Problems* 1971, pp. 1-17, notamment pp. 10-12.

« un tribunal peut souvent prendre une décision erronée sur un point de droit tout en restant dans sa compétence »[1647]. Cependant, la Cour d'Appel, confirmant la décision de la Haute Cour, admet de porter son regard sur l'appréciation donnée de ce terme par l'autorité. Après un rappel de l'histoire du *certiorari*, Lord Denning conclut : « il a pu être vu qu'à travers toutes ces affaires il y a une règle principale : le certiorari n'est possible que pour annuler une décision pour erreur de droit si elle apparaît clairement dans le dossier »[1648]. En l'espèce, la décision du tribunal est annulée, car elle ne prend en compte qu'une des deux parties du « service » effectivement effectué par le requérant[1649]. Ce contrôle était toutefois très limité[1650]. En effet, la définition même du terme « dossier » (*record*) était restrictive, et le requérant ne pouvait apporter de nouvelles preuves[1651]. De plus, l'erreur doit être manifeste ; elle doit être tellement importante, qu'elle apparaît d'elle-même à la lecture du dossier. Le contrôle issu de l'affaire *Shaw* permet de sanctionner un excès manifeste dans l'exercice de la compétence par l'autorité, alors qu'en principe, les juges ne peuvent connaître que des situations où l'autorité n'a pas de compétence. Dans le premier cas, il n'est pas question d'une extension illégale d'un pouvoir, mais seulement, peut-on dire, d'une mauvaise appréciation manifeste.

C. L'unification du contrôle des erreurs de droit : l'affaire Anisminic

La doctrine de la question préliminaire ainsi que le contrôle des erreurs apparentes n'ont pas permis de complètement satisfaire au contrôle de la loi. Certaines erreurs d'interprétation continuaient de prospérer, car la résolution de la question de droit était considérée comme relevant de la compétence de l'organe. Cette position devenait intenable, car le Parlement confiait des pouvoirs discrétionnaires de plus en plus larges, et formulés en termes abstraits. L'intervention accrue des juges était nécessaire afin d'en préciser les limites.

1647. *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw* [1952] 1 KB 338, p. 346.
1648. *ibid*., p. 351.
1649. L'erreur, d'ailleurs, n'est pas tant révélée par le dossier en lui-même, dont le caractère incomplet est très critiqué par Lord Denning, mais par la reconnaissance, lors de l'audience, par les parties, qu'une erreur avait été commise sur la prise en compte du « service » (*ibid*., p. 354). Voir aussi le jugement de Morris LJ dans lequel il relève que l'existence même de l'erreur ne pose aucune question, l'affaire se situant sur le terrain de la compétence de la Cour pour annuler l'acte du fait de cette erreur (p. 355).
1650. William Wade et Christopher Forsyth parlent de « niveau indulgent » de contrôle : *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, p. 226.
1651. Lord Denning explique ainsi que le terme « dossier » fait référence à « tous les documents qui sont conservés par le tribunal afin de conserver une trace et un témoignage permanents de leurs procédures » (*ibid*., p. 352). Cela renvoie aux actes introductifs d'instance, au document contenant la décision elle-même ainsi que les plaidoiries, mais non aux preuves ni motifs de la décision.
Sur la limitation de la preuve : *ibid*., pp. 352-353 ; DE SMITH (S.A), *Judicial Review of Administrative Action*, 3e éd., *op. cit.*, p. 358.

L'évolution va donc arriver par la décision *Anisminic*, au terme de laquelle les juges vont se reconnaître compétents pour sanctionner toute erreur de droit[1652]. À la suite de diverses réquisitions opérées par l'Égypte à partir de 1956, le Royaume-Uni va créer un fonds d'indemnisation au profit des entités préjudiciées ; la *Foreign Compensation Commission* était chargée d'étudier les demandes en ce sens. Certaines conditions devaient toutefois être remplies. Notamment, le *Foreign Compensation (Egypt) (Determination and Registration of Claims) Order* de 1962 prévoyait que le demandeur et son ayant droit devaient être de nationalité britannique entre le 31 octobre 1956 et le 28 février 1959[1653]. Or, à cette date, Anisminic, la société requérante, avait dû vendre son entreprise à une organisation égyptienne, après avoir été saisie par les autorités égyptiennes. La Commission lui a refusé l'indemnisation, au motif que l'ayant droit n'était pas britannique. Anisminic va contester cette décision, en affirmant que la nationalité de l'ayant droit n'a pas à être prise en compte lorsque la demande est effectuée par le propriétaire d'origine. La Chambre des Lords va prendre une décision favorable au requérant. Pour ce qui nous intéresse ici, l'innovation provient de l'extension du terme « compétence » provoquée par divers jugements des Lords. En effet, l'appréciation de l'existence d'un « ayant droit », et de l'appréciation de sa capacité à remplir les conditions posées par l'acte de 1962, relevaient de la compétence de la Commission. Tout du moins, tel était l'argument de cette dernière. Ce n'est pas ce point de vue que vont adopter différents Lords[1654]. La portée de la décision est considérable puisqu'à son terme, ils unifient le traitement des questions de droit traitées par les autorités administratives[1655]. La dichotomie est remise en cause ; dès qu'une question de droit se pose, qu'elle porte sur la compétence de l'autorité ou en relève en principe, il appartient aux juges d'en connaître. Les opinions exprimées reposent toutefois sur des bases quelque peu différentes[1656].

Lord Reid affirme que le terme même de « compétence » a été utilisé « dans un sens très large », le conduisant à la conclusion selon laquelle « il est préférable de ne pas utiliser le terme

1652. *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147.
1653. Article 4(1)(b)(ii).
1654. Lord Morris rend, quant à lui, un jugement dissident : voir pp. 182-190.
1655. GOULD (B.C.), « Anisminic and Jurisdictional Review », *PL* 1970, pp. 358-371 ; Lord Diplock, « Judicial Control of the Administrative Process », *Current Legal Problems* 1971, pp. 1-17, notamment pp. 13-16 ; GORDON (D.M.), « What Did the Anisminic Case Decide, », *MLR* 1971, pp. 1-11 ; HARE (I.), The Separation of Power and Judicial Review for Error of Law », pp. 116-120 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; LAW (J.) et HOOPER (B.), « Illegality : the Problem of Jurisdiction », pp. 91-115 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 219-224 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 483-485 ; « Judicial review of questions of law : a comparative perspective », p. 451 in *Comparative Administrative Law*, sous la dir. de S. Rose-Ackerman et P. L. Lindseth, *op. cit.* ; MURRAY (P.), « Process, Substance and the History of Error of Law », notamment pp. 101-104 in *Public Law and Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell et al., *op. cit*.
1656. Nous n'étudions pas ici l'opinion de Lord Pearson. En résumé, le juge admet l'argument de la société requérante visant à considérer qu'en cas d'erreur d'interprétation, de mauvaise question » et adopte une décision en dehors de son champ de compétence, alors « il y a eu un excès de compétence » (*ibid*., p. 215). Toutefois, pour le Lord, l'interprétation de la Commission est correcte.

sauf dans son sens originel et restrictif renvoyant à la capacité d'une autorité à connaître de la décision en question »[1657]. Cela ne signifie pas un contrôle réduit de la part des juges. Bien au contraire, pour Lord Reid, il faut disjoindre le champ du contrôle du terme même de « compétence ». Cette affirmation part d'un constat simple : « il y a de nombreux cas dans lesquels, bien que l'autorité ait compétence pour connaître d'une question, elle a fait ou n'a pas fait quelque chose en prenant sa décision rendant cette dernière nulle »[1658]. Depuis longtemps déjà, les juges ont tendance à enrichir abusivement la notion de « compétence » afin de multiplier les vices pouvant être sanctionnés, en faisant une notion avant tout fonctionnelle. Cela conduisait alors à la confusion entre la « compétence » et le « pouvoir » de l'autorité publique, c'est-à-dire entre l'existence de la capacité à agir et son exercice[1659]. Grâce à la remise en cause de cette vision extensive, de nombreux vices peuvent affecter la décision en cause, sans influer sur la capacité d'agir de son auteur, au sens strict. Le Lord en donne une liste non exhaustive : il peut s'agir d'une décision faite de mauvaise foi (*bad faith*), d'une décision que l'autorité n'avait pas le pouvoir de prendre, une décision ne respectant par les principes procéduraux (*natural justice*) ou encore d'une décision prise au regard de considérations non-pertinentes ou échouant à prendre en compte celles le devant[1660]. Toutefois, le Lord maintient que si aucun de ces vices n'est présent, les juges ne peuvent vérifier si la décision est bonne ou non. Il y a ainsi, de la part du juge, une véritable envie de construire le terme de « compétence » et de le réduire à son sens le plus strict. Cependant, plus loin dans son jugement, Lord Reid formule le contrôle en des termes plus proches de ceux qu'utilisent ses collègues. L'erreur commise par la Commission consiste en une mauvaise interprétation du texte, l'ayant ainsi conduite à se poser une question erronée et à prendre en compte un élément n'ayant pas à l'être[1661]. En affirmant la compétence des juges pour contrôler la condition d' « ayants droit », il note qu' « il ne peut appartenir à la commission de délimiter ses pouvoirs » ; dès lors, si l'autorité commet une erreur dans l'interprétation de l'étendue de ses propres pouvoirs, un contrôle est nécessaire « car en conséquence de cette erreur de droit », l'autorité « a connu, et a fondé sa décision, sur un élément avec lequel, au regard d'une véritable interprétation de ses pouvoirs, elle n'avait pas le droit de connaître »[1662]. Il y a, dans son acception large, une erreur sur la détermination, conduisant à un excès de pouvoir.

Lord Pearce, quant à lui, fonde son appréciation sur une extension du terme « compétence »

1657. *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147, p. 171.
1658. *idem*.
1659. HARE (I.), *ibid*., p. 116.
1660. *idem*.
ARVING (TT.) et STIRTON (L.), « The curious origins of judicial review », *LQR* 2017, pp. 91-117, p.112.
1661. *ibid*., p. 174.
1662. *idem*.

et sur l'intention du Parlement, preuve de la relation forte de ces deux éléments. Pour le juge, les autorités créées par la loi doivent « se limiter aux pouvoirs qui leur sont spécialement confiés au regard de ce qui ressort d'une interprétation fidèle des lois du Parlement applicables »[1663]. En somme, « un manque de compétence peut se produire de différentes façons »[1664] : le non-respect des conditions posées à la compétence ou des formalités à respecter avant de connaître de la question ; prendre une décision pour laquelle l'autorité n'avait pas compétence ; le non-respect des principes procéduraux de « justice naturelle » ; le fait de se poser la mauvaise question ; ou de prendre en compte des éléments dont l'autorité ne pouvait connaître[1665]. Cela revient à dire que tout terme juridique habilitant l'autorité à agir doit recevoir une interprétation qui respecte la volonté du Parlement. Toutefois, les juges ne peuvent considérer si la décision est bonne ou mauvaise. Une telle détermination n'a rien à voir avec la légalité et appartient à la compétence de l'organe[1666]. En somme, Lord Pearce rend une décision usant du terme « compétence » dans son sens large, ne le limitant pas uniquement à la capacité de l'autorité à connaître de la question[1667].

L'évolution provoquée prend encore plus de consistance à la lecture du jugement dissident de Lord Morris. Le juge va appliquer les principes jusque-là classiques de *judicial review*. Refusant le changement proposé par ses collègues, il considère qu'il revient à la Commission de déterminer si l'entreprise respecte les conditions posées par la loi afin d'obtenir l'indemnisation : « à aucun autre moment la commission n'était plus au cœur de sa compétence que lorsqu'elle s'est confrontée à ces problèmes »[1668]. Pour le Lord, si une condition est posée à la compétence de la Commission et qu'elle est violée alors la décision doit être annulée ; toutefois, « il n'y avait aucune condition à remplir avant que sa compétence pour traiter de la question n'existe »[1669]. Appliquant la doctrine de la question préliminaire, le juge rend un jugement dissident, dans la lignée de la jurisprudence antérieure. Trois aspects doivent être relevés au terme de cette évolution jurisprudentielle.

En premier lieu, les jugements se fondent sur l'idée de « compétence » et de volonté du

1663. *ibid*., p. 194.
1664. *ibid*., p. 195.
1665. *ibid*., p. 195.
1666. *ibid*., p. 195.
1667. Lord Wilberforce rend une opinion proche de celle de Lord Pearce. Les références à la loi en sont le fondement : « dans tous les cas, quelle que soit la nature de l'autorité, quelle que soit l'étendue de son champ d'action, quelle que soit l'importance de la marge d'erreur qui lui est laissée, l'élément essentiel reste que cette autorité a un pouvoir dérivé, dérivé de la loi : dans une certaine mesure, qui se trouve au sein de la législation, le champ dans lequel elle agit est balisé et limité » (*ibid*., p. 207). Le Lord reconnaît ainsi que les juges ne doivent pas seulement contrôler la capacité de l'autorité à entrer dans le domaine confié à elle par le Parlement ; ils doivent veiller à ce que la décision prise soit, elle aussi, valide (*ibid*., p. 210). La question posée par l'affaire *Anisminic* tombe dans ce second cas. Le Lord reconnaît ainsi explicitement qu'il ne s'agit pas de déterminer si les conditions nécessaires à l'établissement de la compétence existent, mais si la Commission ne s'est pas posée la « mauvaise question » en adoptant sa décision. Lord Wilberforce maintient néanmoins que le rôle des juges est de veiller à ce que la décision soit valide, c'est-à-dire légale, les empêchant de sanctionner une simple erreur.
1668. *ibid*., p. 194.
1669. *ibid*., p. 191, et en général pp. 188-191.

Parlement. Si la décision de la Commission est illégale c'est qu'elle a pris en compte un élément qui ne pouvait pas l'être : la nationalité de l'ayant droit. Dans les termes mêmes des jugements, l'autorité s'est posée « la mauvaise question », c'est-à-dire une question « différente de celle à laquelle le Parlement lui a demandé de répondre »[1670]. Elle n'a pas respecté les limites de sa compétence. Or, cette analyse est trompeuse. Elle conduit à couvrir du sceau du contrôle de la compétence une réalité bien différente, et résumée ainsi par Paul Craig : « la présomption est que toute question de droit relève des cours »[1671]. La référence à la « compétence » n'est plus utile ni nécessaire : toute erreur de droit est désormais une erreur de « compétence »[1672]. C'est ce point qui apparaît au début du jugement de Lord Reid. La terminologie doit être réadaptée à ce qu'elle signifie vraiment. Ce n'est pas la « compétence » telle qu'on l'entend en France qui est concernée. Bien plus, c'est une erreur dans les motifs de droit. Le terme de « compétence » semble alors revêtir deux sens, comme le note le même Lord : un sens classique et restreint, permettant de veiller à ce que l'autorité décisionnaire se soit saisie d'une question, d'un problème ou d'un domaine d'action lui ayant été octroyé par le Parlement ; un sens plus large, par la voie duquel les juges ont pu entrer dans des considérations plus profondes, et contrôler la façon dont l'autorité à utiliser sa compétence. La décision *Anisminic* tend à faire se joindre le « manque » de compétence et l' « excès » de compétence[1673].

De plus, il ressort de l'affaire *Anisminic* non seulement qu'il appartient aux juges de connaître de toutes appréciations sur les éléments de droit, mais également que leur décision doit, sur ces questions, se substituer à celle de l'autorité. Il appartient ainsi à la Chambre des Lords, en l'espèce, de dire ce qu'est un « ayant droit » au sens de l'acte de 1962. Les juges doivent donner la « véritable interprétation » de la loi, et donc des limites des pouvoirs de la Commission[1674]. Cette décision n'est pas seulement une intrusion dans ce qui était auparavant le domaine des autorités publiques ; c'est une véritable usurpation de compétence, au regard de la doctrine traditionnelle.

Enfin, la décision *Anisminic* a été confirmée par la suite, en ce qui concerne le contrôle des

1670. *ibid*., p. 195 (Lord Pearce) ; p. 210 (Lord Wilberforce).
Pour une critique : GORDON (D.M.), « What Did the Anisminic Case Decide », *MLR* 1971, pp. 1-11.
1671. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 485.
Voir également : WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 190-196 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 219-220.
1672. Ce constat est partagé par Thimothy Endicott. À la question, « pourquoi est-il possible de faire une judicial review contre une erreur de droit ? », la réponse est dorénavant « *parce que* c'est une erreur de droit » : ENDICOTT (T.), « Questions of Law », *LQR* 1998, pp. 292-321, p. 295 (c'est l'auteur qui souligne).
1673. GOULD (B.C.), « Anisminic and Jurisdictional Review », *op. cit.*, p. 362.
1674. *ibid*., p. 174 (Lord Reid).

autorités publiques[1675]. Il y avait quelques incertitudes sur sa portée réelle[1676]. Notamment, le contexte de l'affaire rendait son sens discutable. La loi de 1962 comportait une clause affirmant l'impossibilité de contester la détermination faite par la Commission. Toutefois pour admettre le recours, les Lords ont étendu la notion de « compétence » suivant une ligne claire : toute erreur affectant la « compétence » de l'autorité rend la décision nulle ; en conséquence, elle est censée n'avoir jamais existé ; dès lors, le recours doit être accepté puisqu'en toute logique, la clause en question ne peut jouer que sur les véritables décisions. L'impossibilité de former un recours est alors contournée[1677]. Toutefois, la clause ne reste pas sans effet. Notamment, Lord Reed semble admettre qu'elle peut encore jouer sur les erreurs relevant de la compétence, entendue alors de façon très restrictive[1678]. La distinction semblait alors maintenue, dans ce cas. Sur ce point, la clarification arrivera en 1993, à la suite de l'affaire *Page*. Lord Browne-Wilkinson relève, avec certitude, que « le Parlement a seulement confié un pouvoir de décision en conditionnant son exercice à l'utilisation de la base légale correcte : une erreur de droit dans la prise de décision conduit donc à la rendre ultra vires »[1679]. L'unification est alors clairement établie ; mais elle s'est effectuée dans le cadre classique du rôle des cours. Ainsi, l'affaire *Anisminic* a seulement « étendu la doctrine de l'ultra vires » puisque « le principe fondamental est que les cours vont intervenir pour veiller à ce que les pouvoirs des autorités publiques soient exercés légalement » ;[1680] dans une autre affaire, Lord Diplock souligne que la question relève des cours « dans l'exercice de leur rôle constitutionnel

1675. Pour ce qui est du cas des *judicial review* portant sur des décisions purement judiciaires, les jurisprudences sont quelque peu divergentes et ont plutôt vocation à donner plus de libertés aux cours inférieures : BEATSON (J.), « The scope of judicial review for error of law », *op. cit.*, pp. 31-33 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 190-196 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd, *op. cit.*, pp. 223-224 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 485-492.

1676. BEATSON (J.), « The scope of judicial review for error of law », *OJLS* 1984, pp. 22-45, notamment pp. 31-39 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 485-492.

1677. Déjà au XVIIIe siècle, les juges pouvaient contourner les clauses de « no-certiorari » prises par le Parlement en affirmant que la décision, violant la compétence de l'autorité, ne pouvait être considérée comme existant et ainsi la clause ne pouvait produire d'effet dans ce cas : SEDLEY (S.), *Lions Under the Throne*, *Essays on the History of English Public Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, 295 pages, p. 61.

1678. *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147, p. 174.

1679. *R. v. Lord President of the Privy Council, ex p. Page* [1993] AC 682, p. 701.

Lord Diplock avait déjà défendu ce point dans l'affaire *Racal Communications Ltd, Re* ([1981] AC 374) : la décision de 1969 a bien remis en cause les deux types d'erreur de droit existant auparavant et cela « découle de la présomption selon laquelle lorsque le Parlement confère un pouvoir, à une autorité administrative, en opposition à une cour, de prendre une décision concernant des situations définies par la loi, le Parlement a l'intention de limiter ce pouvoir à ce qu'il est » (pp. 382-383).

Elle a été une nouvelle fois confirmée avec force, récemment, par Lady Hale : *R. (on the application of Cart) v. Upper Tribunal* [2011] UKSC 28, [40] : « […] nous ne voulons pas revenir à l'époque antérieure à Anisminic parce que […] le certiorari n'était applicable que pour sanctionner les erreurs de droit apparentes commises par les autorités ayant une compétence légalement déterminée ».

1680. *ibid*., p. 701.

Bien plus récemment encore, Lord Dyson a noté, dans un de ses jugements, que « l'affaire Anisminic a conduit à ce que les deux espèces d'erreurs rendent un acte exécutif ultra vires, illégal et nul » puis que « l'importance d'Anisminic est d'avoir mis en évidence qu'il n'y a qu'une seule catégorie d'erreur de droit, qui rendent toute la décision ultra vires ». (*R. (on the application of Lumba and Mighty) v. The Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 12, [66]).

d'interprète du droit écrit » notamment[1681].

L'extension du contrôle des cours repose sur l'invocation de ses fondements classiques (intention du Parlement et *ultra vires*) alors même qu'ils remplissent un rôle différent. Il ne s'agit plus uniquement de la capacité à agir, mais également de son exercice. Les juges ont étendu la notion de « compétence » parce qu'ils cherchent avant tout à légitimer l'extension du contrôle de légalité. Utilisée de façon fonctionnelle, elle a été un puissant catalyseur à cette fin. Mais, elle est devenue trop étroite. Tout du moins, son sens moderne n'est plus celui qu'elle avait auparavant. Aujourd'hui toute illégalité est une erreur de compétence.

Finalement, le fondement du contrôle des cours par la voie de la *judicial review* revient à déterminer la compétence des autorités décisionnaires, et par corollaire, celles des juges. Respecter la loi, c'est, pour l'autorité habilitée par le Parlement, respecter sa compétence ; elle doit se soumettre aux limites et obligations en découlant. La notion de « compétence » a été importante pour légitimer le rôle des juges. L'affaire *Miller*, déjà mentionnée, fournit un exemple récent de cette mission constitutionnelle[1682]. La différence réside cependant dans la nature des autorités en cause. Le litige porte sur la définition réciproque de la capacité du Parlement et de l'exécutif à prendre une certaine décision. En l'espèce, la question est la suivante : revient-il au Parlement ou à l'exécutif d'activer la procédure de l'article 50 du TUE conduisant à la sortie du Royaume-Union de l'Union européenne ? La Haute Cour conclut à la compétence du premier, au détriment du second. La mission historique de la *judicial review* réside dans ce type de litiges[1683]. Elle reste encore aujourd'hui un élément prégnant du rôle des juges, malgré son renouvellement.

1681. *Racal Communications Ltd, Re* [1981] AC 374, p. 383.
Voir également : *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237, p. 278 (Lord Diplock).
1682. *R. (on the application Miller) v. The Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768.
1683. POOLE (T.), « Losing our Religion ? Public Law and Brexit », *U.K. Const. L. Blog*, 2 décembre 2016 (https://ukconstitutionallaw.org/2016/12/02/thomas-poole-losing-our-religion-public-law-and-brexit/).

Section II. Des recours façonnés pour permettre le respect de la loi

Les juges français et anglais ont su développer un contrôle dans le but de faire respecter au mieux les exigences posées par la loi. Leur méthode de contrôle en est le reflet. Tout autant, les recours par le biais desquels ils sont saisis sont aussi révélateurs. Bien plus même, leur étude met en lumière que, traversés par une même mission, les juges peuvent la remplir par des voies quelle que peu différente. Évoluant dans des systèmes aux données dissemblables, ce constat n'est pas étonnant. Il ne faut toutefois pas y voir une opposition, mais seulement la possibilité de veiller au respect de la loi par l'administration par d'autres voies.

Ainsi, en France, le recours pour excès de pouvoir est qualifié traditionnellement de « recours objectif ». Cette qualification a vocation à le présenter comme une voie de droit original, disposant de caractéristiques tournées vers le respect du principe de légalité. En cela, le recours pour excès de pouvoir fait l'objet d'études et de considérations particulières (I.). Sans être en opposition complète sur ce point, il en va autrement de la *judicial review*. Certes, celle-ci est aussi considérée comme un recours particulier, disposant d'un statut et de caractéristiques originales, conduisant à en traiter de façon autonome. Elle apparaît centrale en droit public, car elle est l'outil par excellence de respect de la volonté du Parlement. Malgré cela, elle ne peut pas être qualifiée de « recours objectif ». Cela appellera des précisions quant à son régime (II.).

I. L'affirmation traditionnelle du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir

En plus de largement conditionner l'office du juge, le principe de légalité affecte également le recours pour excès de pouvoir lui-même. Recours considéré comme « objectif », il est le mieux à même de permettre le respect de la légalité[1684]. Une telle qualification découle de divers travaux doctrinaux. Elle tend à mettre en évidence les particularités du recours pour excès de pouvoir par rapport aux autres voies d'action. En effet, celui-ci a toujours tenu une place particulière dans notre

1684. La question de la classification des recours perd peu à peu de son intérêt, une partie de la doctrine appelant à sa remise en cause : MELLERAY (F.), « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *JCP A* 2005, pp. 1233-1239 ; LEPETIT-COLLIN (H.) et PERRIN (A.), « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », *RFDA* 2011, pp. 813-829 ; LABETOULLE (D.), « Propos conclusifs : recours pour excès de pouvoir et contentieux de l'annulation », actes du colloque intitulé *Cent ans après l'arrêt Boussuge*, *JCP A*, n°38-39, 24 septembre 2012, pp. 54-56 ; TRUCHET (D.), « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches » », actes du colloque intitulé *Le pouvoir d'injonction du juge administratif*, *RFDA* 2015, pp. 657-661.
A contrario : PACTEAU (B.), « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *RA*, num. spé., 1999, pp. 51-65.

système juridique. À la recherche tant d'une présentation claire des divers moyens de saisir le juge administratif, que d'explications quant à sa nature particulière, les auteurs ont proposé différents modèles. Il est révélateur de constater que, quelle que soit la présentation retenue, le recours pour excès de pouvoir y trouve toujours une place à part, exprimée par l'idée qu'il est un recours objectif de légalité (A.). Ce travail est, nous l'avons dit, avant tout doctrinal. Pour autant, il s'appuie sur des caractéristiques propres à chaque recours. Il permet ainsi de révéler des traits caractéristiques de l'office du juge de l'excès de pouvoir, découlant de son rôle de gardien du respect de la loi (B.).

A. Une affirmation classique en doctrine

Les premières classifications des recours contentieux avaient pour objectif de mettre en relief la place particulière du recours pour excès de pouvoir. À ce titre, il sera logique de remarquer la spécificité dont il est empreint dans les deux œuvres doctrinales majeures sur ce sujet (1.). Si ce travail de classification a perdu de son intérêt, il en reste une trace dans la mise en évidence constante de cette spécificité : le recours pour excès de pouvoir est un recours objectif (2.).

1. La place particulière du recours pour excès de pouvoir au sein des classifications traditionnelles

La première classification est traditionnellement attribuée à Édouard Laferrière. Sa distinction repose sur un critère formel : les pouvoirs dont dispose le juge administratif. Il y aurait ainsi, pour le Vice-président du Conseil d'État, quatre catégories de contentieux : le contentieux de pleine juridiction, le contentieux de l'annulation, le contentieux de l'interprétation et le contentieux de la répression[1685]. Le recours pour excès de pouvoir est traité au titre du contentieux de l'annulation, tout comme le recours en cassation. Ces deux voies de droit « ne peuvent avoir pour objet, que l'annulation des décisions attaquées, non leur réformation »[1686]. Elles posent des questions de légalité, et non d'opportunité[1687]. Ils se distinguent du contentieux de pleine juridiction, dans lequel le juge administratif peut réformer l'acte, prononcer le paiement d'indemnités au profit du requérant ou mettre des obligations à la charge de l'administration[1688]. De ce fait, le recours pour

1685. LAFFERIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, 2e éd., t. I, pp. 15-21 ; t. II, Livres V, VI, VII, et VIII.
1686. *ibid*., t. II, p. 394, et aussi p. 568.
1687. *ibid*., t. I, p. 17.
1688. *ibid*., t. I, pp. 15-16.

excès de pouvoir a pu être considéré comme un « recours de moindre juridiction »[1689]. La différence de pouvoirs fonde donc la différence entre les recours[1690]. En ce sens, « le recours pour excès de pouvoir peut se définir comme un *recours tendant à l'annulation d'une décision administrative et fondé sur la violation par cette décision d'une règle de droit* »[1691].

La seconde classification découle des idées de Léon Duguit : les recours doivent être distingués selon la nature de la question posée au juge[1692]. Le critère n'est plus formel, mais matériel. Pour le maître de l'école de Bordeaux, « si les décisions de justice apparaissent avec des aspects différents, cela dépend uniquement du caractère de la question qui est posée au juge, suivant qu'elle est une question de droit objectif ou une question de droit subjectif. Il ne faut pas opposer contentieux d'annulation et contentieux de pleine juridiction, mais contentieux de droit objectif et contentieux de droit subjectif »[1693]. Le contentieux objectif, au sens de l'auteur, est présent dans deux situations : soit « la question qui se pose peut être celle de savoir si la règle de droit a été ou non violée par un acte, soit un acte matériel, soit un acte juridique »[1694], et dans ce cas « le juge est saisi uniquement d'une question de légalité »[1695], soit « une situation de droit objectif existe ; on prétend qu'un acte, une attitude, un fait ont été réalisés qui y portent atteinte »[1696]. Le recours pour excès de pouvoir se retrouve dans cette première situation, au titre du contrôle de légalité. Il s'agit alors de confronter un acte objectif à la loi, celui-ci étant annulé en cas de contrariété. Le recours

1689. SANDEVOIR (P.), *Etudes sur le recours de pleine juridiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative.* thèse, LGDJ, Paris, 1964, 459 pages.
1690. HENRY (J.-P.), *La dualité de fonction du recours pour excès de pouvoir envisagée à partir de la notion d'intérêt*, thèse, Montpellier, dactyl., 1975, 355 pages, pp. 13-15 ; DEBBASCH (R.) et RICCI (J.-C), *Contentieux administratif*, 8e édition, 2001, Précis, Dalloz, Paris, 1018 pages, pp. 714-723 ; CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, p. 685 ; *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., *op. cit.*, pp. 209-210 ; WEIDENFELD (K.), *Histoire du droit administratif. Du XIVe siècle à nos jours*, Economica, Paris, 2010, 345 pages, pp. 186-187 ; GOHIN (O.), *Contentieux administratif,* 8e éd., Lexis Nexis, Paris, 2014, 542 pages, pp. 229-230 ; WALINE (J.), *Droit administratif*, 26e éd., *op. cit.*, pp. 674-679 ; GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, 4e éd., *op. cit.*, pp. 116-117.
1691. AUBY (J.-M) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, t. II, LGDJ, Paris, 1984, 718 pages, p. 130. (Ce sont les auteurs qui soulignent).
1692. HENRY (J.-P.), *La dualité de fonction du recours pour excès de pouvoir envisagée à partir de la notion d'intérêt*, *op. cit.*, pp. 15-17 ; AUBY (J.-M) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, t. II, pp. 135-136 ; CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., *op. cit.*, pp. 210-211 ; DEBBASCH (R.) et RICCI (J.-C), *Contentieux administratif*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 724-726 ; GOHIN (O.), *Contentieux administratif*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 230-231 ; GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, 4e éd., *op. cit.*, pp. 117-118.
Appuyant la thèse de Duguit voir l'article que Marcel Waline a consacré à cette question : « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif ? », *RDP* 1935, pp. 205-236.
1693. DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. II, *op. cit.*, p. 473.
Sur l'opposition entre droit objectif et droit subjectif voir : SALAS (D.), « Droit et institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou », pp. 193-214 in *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, sous la dir. de Pierre Bouretz, Ed. Esprits, Paris, 1991 ; KELSEN (H.), *Théorie pure du droit,* 2e éd., trad. par C. Eisenmann, LGDJ/Bruylant, Paris/Bruxelles, 1962, ré-impression 1999, 367 pages, pp. 132-165.
1694. *ibid.*, p. 475.
1695. *ibid.*, p. 476.
1696. *idem*.

pour excès de pouvoir constitue un « contentieux objectif de l'annulation »[1697]. C'est à ce titre que Duguit l'étudie par la suite[1698]. Le but du recours pour excès de pouvoir est bien de veiller au respect de la loi, de la norme supérieure. Grâce à lui c'est « en réalité, la Loi, le Droit qui triomphent »[1699]. À l'inverse, le contentieux subjectif se caractérise par la résolution d'une question de droit subjectif[1700]. Le contentieux subjectif se fonde sur la situation de droit subjectif, considérée comme une relation juridique entre des personnes clairement individualisées[1701]. Elle ne porte pas, au premier plan, sur une règle de droit, mais sur une situation entre individus. Il en découle des différences quant à la décision juridictionnelle qui sera rendue[1702].

Ces deux classifications, souvent opposées, ne sont pourtant pas entièrement contradictoires. Le point de départ de ces études n'étant pas similaire, les catégorisations divergent. Duguit se place en amont de la décision juridictionnelle alors que Laferrière se place en aval. Pour autant, chacun des deux auteurs prend acte de certaines spécificités du recours pour excès de pouvoir. La conséquence est importante, puisqu' « il apparaît clairement que chaque théorie choisit l'un des deux éléments pour qualifier le recours pour excès de pouvoir et le distinguer des autres catégories de recours »[1703].

Revenons sur la distinction entre le recours pour excès de pouvoir et celui de pleine juridiction chez Laferrière. Dans le second, la juridiction administrative « est juge du fait et du droit, elle prononce entre l'administration et ses contradicteurs comme les tribunaux ordinaires entre deux parties litigantes »[1704]. En somme, le recours de pleine juridiction permet de dépasser un simple contrôle de la pure légalité et permet de statuer sur une relation juridique subjective. Ce

1697. *ibid*., p. 477 et p. 478.
BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité, op. cit.*.
1698. *ibid*., pp. 495-520.
1699. BERARD (L.), *La Notion d'Intérêt dans le recours pour Excès de Pouvoir*, thèse, Domat-Montchrestien, Paris, 1932, 123 pages, p. II.
1700. Trois cas sont identifiés par Duguit : tout d'abord « il y a juridiction subjective quand l'agent public intervient pour résoudre la question de savoir s'il existe ou non une situation juridique subjective, quelle en est l'étendue, et par suite, comme conséquence logique de la réponse faite à cette question, prendre une décision ayant pur objet de la réaliser » (DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel,* 3e éd., t. II., *op. cit.*, p. 459.) Ce cas se réalise le plus fréquemment dans une relation de débiteur et de créancier (*ibid*., p. 460.); ensuite si la situation juridique subjective est contestée quant à sa régularité au regard du droit objectif (*ibid*., p. 464.); enfin, si est contesté un acte de droit objectif dont la survenance porte atteinte à une situation de droit subjectif (*ibid*., p. 466).
Voir aussi sur la distinction entre les deux types de contentieux : WALINE (M.), « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif ? », *RDP* 1935, pp. 205-236, notamment pp. 220-225.
Pour un état des lieux de l'opposition qui peut exister entre Duguit et Waline sur cette question : CHAPUS (R.), « Marcel Waline et la théorie du contentieux administratif », *RDP* 2002, pp. 947-953.
1701. Voir aussi : VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ Montchrestien, Paris, 1960, ré-édition Université Panthéon-Assas, LGDJ, Paris, 2010, 225 pages, pp. 62-65. L'auteur y définit le droit subjectif comme étant « celui qui a été conféré à son titulaire pour la réalisation de ses fins personnelles, dans son intérêt propre ».
1702. *ibid*., p. 462.
1703. HENRY (J.-P.), *La dualité de fonction du recours pour excès de pouvoir envisagée à partir de la notion d'intérêt*, *op. cit.*, p. 18.
1704. LAFFERIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e éd., t. I, *op. cit.*, p. 15.

dernier trait se retrouve dans la liste que fait Laferrière, par la suite, des domaines concernés par ce recours : les contrats, les obligations pécuniaires et les activités donnant naissance à des obligations et droits[1705]. Quant au recours pour excès de pouvoir, il porte, non pas sur des situations juridiques subjectives, mais sur les actes de l'administration ayant « le caractère d'acte de commandement et de puissance publique »[1706]. De la nature particulière des actes concernés, il en découle que le contrôle ne peut être que de légalité, et la sanction seulement l'annulation de l'acte. Le recours pour excès de pouvoir ne concerne pas, au premier chef, des situations juridiques subjectives. Certes, il peut servir à protéger des droits subjectifs[1707]. Mais, dans ce cas, la violation du droit est une condition pour invoquer la violation de la loi : c'est le cas d'ouverture connu sous la terminologie de « violation de la loi et des droits acquis »[1708]. Dans cette configuration, ce qui est contrôlé par le juge, c'est toujours la légalité de l'acte ; plus précisément la conformité du contenu de ce dernier avec la loi.

Quant à la théorie de Duguit, elle met clairement en évidence le lien entre la nature de la question posée et les pouvoirs détenus par le juge. Le contrôle de la légalité objective conduit le juge à seulement annuler l'acte en cas d'illégalité. À l'inverse, la reconnaissance et la garantie des droits subjectifs obligent le juge à dépasser la seule annulation, et à se parer d'un ensemble de pouvoirs rétablissant l'individu dans ses droits. De plus, Duguit n'exclut pas la présence de situations juridiques subjectives au sein du recours pour excès de pouvoir[1709]. Cependant, ce qui est déterminant c'est, qu'ultimement, la question posée au juge est une question de droit objectif.

En réalité, voilà ce qui ressort des deux exposés : le recours pour excès de pouvoir est un recours objectif (car il pose une question de légalité, et uniquement de légalité) portant sur les actes administratifs et qui ne peut donner lieu qu'à l'annulation de l'acte illégal. Mais, ce qui conditionne cette présentation ce sont, avant tout, les caractéristiques du recours.

2. Une place particulière non démentie

Aujourd'hui, ce caractère objectif est toujours souligné par la doctrine. Pour Mattias Guyomar et Bertrand Seiller, « le recours pour excès de pouvoir, recours principal, est présenté

1705. *ibid*., p. 16.
1706. *ibid*., p. 17.
1707. « Il fallait en effet un effort soutenu et prudent à la fois pour placer entre les mains du juge administratif un pouvoir qui avait longtemps passé pour un attribut exclusif de l'administration supérieure, le pouvoir de rapporter et de mettre à néant un acte de la puissance publique dénoncé comme illégal et attentatoire à un droit » (*ibid*., p. 17).
1708. LAFFERIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e éd., t. II., *op. cit.*, pp. 532-547.
1709. DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel,* 3e éd., t. II., *op.cit.*, p. 459 et s.

classiquement comme un recours objectif : le requérant n'est recevable qu'à invoquer des moyens relatifs à l'illégalité de la décision attaquée »[1710]. De même, dans un article, Mattias Guyomar relève que « la question qui lui est au posée (au juge de l'excès de pouvoir) par le requérant reste celle du respect du droit par une décision administrative et non, comme en plein contentieux, celle de l'existence d'un droit »[1711]. Pour un autre membre de la juridiction administrative, « le contentieux de l'excès de pouvoir est un contentieux de la légalité destiné à faire respecter le droit objectif, alors que le contentieux de pleine juridiction assure la protection des droits subjectifs »[1712]. De même, Olivier Gohin prend la présentation de Duguit comme première étape de sa présentation des recours et précise alors : « on distinguera, d'abord, le contentieux objectif et le contentieux subjectif. Puis, au sein du contentieux objectif, on privilégiera ensuite le contentieux de l'excès de pouvoir qui fait toute l'originalité du contentieux administratif »[1713]. Selon Helène Lepetit-Collin et Alix Perrin, « le recours pour excès de pouvoir demeure un recours spécifique : le caractère circonscrit de la question posée au juge – la légalité d'un acte administratif – conduit le juge à n'exercer qu'un pouvoir d'annulation »[1714]. Pour François Brenet, en 2012, « ce que cherchent les tiers en saisissant le juge de l'excès de pouvoir, c'est précisément que soit sanctionnée une atteinte à la légalité objective »[1715].

B. L'affirmation du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir dans l'œuvre des magistrats administratifs

Pour ce qui est de la jurisprudence, le débat n'a pas un intérêt intellectuel et conceptuel aussi fort. Évidemment, et nous le verrons, la qualification d'un recours comme étant d'excès de pouvoir ou de pleine juridiction a un impact sur son régime. Les conséquences sont donc pratiques. Mais, il serait vain de rechercher en jurisprudence des propos sur une quelconque définition claire des recours, et des critères de distinction. Tel n'est pas la raison d'être de la justice administrative. Sa jurisprudence « est rarement le fruit d'une théorie juridique »[1716]. Ce, d'autant plus, que le laconisme

1710. GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, 4e éd., *op. cit.*, p. 120.
1711. GUYOMAR (M.), « Quel est l'office du juge de l'excès de pouvoir, cent ans après l'arrêt *Boussuge* ? », actes du colloque intitulé *Cent ans après l'arrêt Boussuge*, *JCP A*, n°38-39, 24 septembre 2012, pp. 17-20, p. 20.
1712. BERNARD (M.), « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *AJDA* 1995, pp.190199, p. 199.
1713. GOHIN (O.), *Contentieux administratif*, 8e éd., *op. cit.*, p. 232. Voir aussi du même auteur : « Le recours pour excès de pouvoir et les référés », actes du colloque intitulé *Cent ans après l'arrêt Boussuge*, *JCP A*, n°38-39, 24 septembre 2012, pp. 37-44, p. 38.
1714. LEPETIT-COLLIN (H.) et PERRIN (A.), « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », *op. cit.*, p. 827.
1715. BRENET (F.), « Le recours pour excès de pouvoir et le contrat », actes du colloque intitulé *Cent ans après l'arrêt Boussuge*, *JCP A*, n°38-39, 24 septembre 2012, pp. 31-36, p. 36.
1716. HEILBRONNER (A.), « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », *Dalloz* 1953, pp. 183-

des décisions ne laisse pas la place à ce genre de débat. Tout ce que la doctrine peut réunir ce sont des expressions, des termes qui peuvent faire aller dans un sens ou dans l'autre. En général, le Conseil d'État privilégie plutôt la conception de Laferrière[1717].

Les conclusions de Romieu sur les arrêts *Jacquin et autres* confirment ce point de vue[1718]. Pour le commissaire du Gouvernement, recours pour excès de pouvoir et recours de pleine juridiction ont un même objet puisque « dans les deux cas, le juge est appelé à examiner le fond, car dans les deux cas, il est juge de la légalité de l'acte attaqué à tous les points de vue : si l'acte administratif viole la loi, s'il viole des droits acquis, il est illégal, et le juge de la légalité a le droit de le proclamer »[1719]. Dès lors, la distinction s'opère « *tout à la fois* dans la *nature des conclusions* et dans la *nature de l'acte* attaqué »[1720]. Le commissaire du Gouvernement Genevois tient des propos relativement similaires, quoique plus nuancés, dans ses conclusions sur l'affaire *Aldana Barreña* : « d'après votre jurisprudence, la distinction du recours de plein contentieux et du recours pour excès de pouvoir fait intervenir un critère principal, qui est fondé sur les pouvoirs du juge, et un critère subsidiaire qui est fonction de l'objet des recours. Le critère principal repose sur l'idée que le juge administratif, pour certaines catégories de litiges, dispose simplement du pouvoir d'annuler la décision administrative qui lui est déférée, alors que pour d'autres litiges, il dispose de pouvoirs plus étendus »[1721]. De même, dans un arrêt *Sieur Noble*, le Conseil d'État précise « qu'en raison de la nature particulière du recours pour excès de pouvoir des conclusions reconventionnelles tendant à ce que le demandeur soit condamné à payer une personne mise en cause des dommages-intérêts pour procédure abusive ne peuvent être utilement présentées dans *une instance en annulation pour excès de pouvoir* »[1722]. Le recours est ici caractérisé par les pouvoirs qu'il ouvre au juge.

Cependant, la définition du recours pour excès de pouvoir comme recours objectif, c'est-à-

188, p. 183. Cette formule est citée avec approbation par le commissaire du Gouvernement Genevois dans ses conclusions sur l'affaire *Aldana Barreña* (CE, Sect., 8 janvier 1982, rec. 9, voir p. 15. Le conseiller d'état y affirme aussi : « et c'est vous même qui, pour chaque domaine du contentieux administratif, déterminez quelle doit être l'étendue des pouvoirs du juge »), ou plus récemment encore par deux membres du Conseil d'État, dans une étude doctrinale portant sur la distinction des contentieux (BOTTEGHI (D.) et LALLET (A.), « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *AJDA* 2011, pp. 156-161, p. 161. Les auteurs notent : « il est ainsi de la nature même du plein contentieux d'être une notion flottante »).

1717. LEPETIT-COLLIN (H.) et PERRIN (A.), « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », *op. cit.*, p. 818 : « construction purement doctrinale à l'origine, le Conseil d'État l'a peu à peu érigée en principe du contentieux administratif. Il lui a donné un effet contraignant. […] C'est ainsi que, dès la fin de la première moitié du XXe siècle, le juge administratif opère un effort de quasi-systématisation de rattachement des contentieux dont il est saisi à l'une des branches de la classification des recours contentieux de Laferrière ».

1718. CE, 30 novembre 1906, *Jacquin et autres*, rec. 863, pp. 864-870.

1719. *ibid*., p. 867.

1720. *ibid*., p. 869 (C'est l'auteur qui souligne).

1721. CE, Sect., 8 janvier 1982, *Aldana Barreña*, rec. 9, concl. Genevois, p. 15.

1722. CE, Sect., 24 novembre 1967, *Sieur Noble*, rec. 443, concl. Baudouin, *Dalloz* 1968, p. 142. (C'est nous qui soulignons).

dire posant une question de pure légalité, se retrouve aussi au sein du Conseil d'État. Dans l'affaire *Aldana Barreña*, le Conseil d'État a considéré, à propos du recours de plein contentieux dont pouvait connaître la commission des recours des réfugies et apatrides, que celui-ci permettait à la commission « non d'apprécier la légalité de la décision qui lui est déférée au vu des seuls éléments dont pouvait disposer le directeur de l'office lorsqu'il a statué sur la demande, mais de se prononcer elle-même sur le droit des intéressés à la qualité de réfugiés d'après l'ensemble des circonstances de fait dont il est justifié par l'une et l'autre parties à la date de sa propre décision ». De même, nous savons que l'arrêt *Sieur Noble* s'appuie plutôt sur une conception formelle du recours pour excès de pouvoir. Pour autant, dans ses conclusions sur cette affaire, le commissaire du Gouvernement Baudouin affirme l'impossibilité pour le juge de l'excès de pouvoir d'évaluer le préjudice causé à une victime. Dans le cas contraire, cela reviendrait à « modifier la nature de l'instance, en métamorphosant par on ne sait quel miracle contentieux le juge de l'excès de pouvoir en un juge de plein contentieux »[1723]. L'évaluation du préjudice ne relève donc pas du juge de l'excès de pouvoir, juge de la légalité objective de l'acte administratif. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Ville de Paris*, rendu le 30 janvier 2008, le commissaire du Gouvernement Anne Courrèges présente le recours pour excès de pouvoir, dans son acception classique, comme un « recours objectif d'ordre public, ayant pour objet d'assurer le respect de la légalité »[1724]. À propos de la possibilité pour le juge de l'excès de pouvoir de tenir compte d'informations dont ne disposait pas l'administration lors de l'édiction de l'acte administratif en cause, le rapporteur public Catherine de Salins précise que « cette exigence est parfaitement justifiée. […] Elle repose sur une appréciation « objective » de la légalité, procès fait à un acte et non à une personne. […] Toute l'efficacité du recours pour excès de pouvoir repose sur cette approche objective et sur la possibilité d'établir […] l'illégalité d'une mesure »[1725]. Enfin, dans ses conclusions sur l'affaire *Département de Tarn-et-Garonne*, de 2014, Bertrand Dacosta relevait que la règle en vertu de laquelle sont disjointes les appréciations de l'intérêt à agir du requérant et des moyens qu'il peut soulever « trouve sa pleine justification dans le contentieux de l'excès de pouvoir, contentieux objectif de la légalité »[1726].

Il en ressort que le recours pour excès de pouvoir peut être qualifié d'objectif, en ce qu'il porte sur une question de légalité, non sur les droits subjectifs. Le but n'est évidemment pas de nier l'autre spécificité du recours, à savoir la limitation, en principe, des pouvoirs du juge à la seule

1723. *Dalloz* 1968, p. 145 (C'est l'auteur qui souligne).
1724. CE, 30 janvier 2008, *Ville de Paris,* rec. 21, concl. Courrèges, p. 24.
1725. CE, 31 août 2009, *Commune de Crégols*, rec. 343 ; *RJEP* 2010, pp. 34-40, concl. Salins, p. 39.
1726. « De *Martin* à *Bonhomme*. Le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif », *RFDA* 2014, pp. 425-437, p. 432 (conclusions rendues dans l'arrêt : CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, rec. 70) .

annulation de l'acte. Cependant, dire qu'il est un recours objectif permet d'expliquer certains traits propres à son régime. Les classifications de Laferrière et de Duguit avaient, notamment, pour but de mettre en évidence ses spécificités, et ainsi sa particularité au sein du contentieux administratif[1727].

Le recours pour excès de pouvoir apparaît comme un moyen particulier pour contrôler l'administration : cela ressort tout autant de son régime que du contrôle exercé.

C. Les marqueurs du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir

L'originalité du recours pour excès de pouvoir dépasse sa seule qualification. Il est encore bien plus intéressant de relever ce qui caractérise spécifiquement le recours comme étant « objectif ». Sur ce point, nous nous bornerons ici à faire état de ses particularités les plus importantes et révélatrices. Ici, il s'agira de distinguer entre les éléments de procédure entourant le recours (1.) puis de voir les éléments contrôlés par le juge (2.).

1. Le caractère objectif dans les éléments de procédure : l'intérêt à agir

Le premier élément caractéristique est l'intérêt à agir. Un requérant, souhaitant introduire un recours pour excès de pouvoir n'a pas besoin d'invoquer un droit. Il doit uniquement justifier d'un intérêt à agir. Or, cette notion est entendue de longue date de façon très libérale par le juge administratif, lui permettant de connaître facilement des demandes de contrôle de légalité (a.). Dans des situations plus rares toutefois, il semble que l'intérêt de la légalité puisse suffire à ouvrir l'accès au prétoire, rendant inutile une cherche d'un intérêt suffisant à agir (b.)

a. L'intérêt à agir entendu libéralement : la garantie d'un contrôle ouvert de légalité

Au XIXe siècle, la condition de droit acquis violé a pu être une condition pour introduire un recours pour excès de pouvoir. Laferrière énonce clairement ce point en étudiant le cas de violation de la loi. L'auteur précise que le requérant devra invoquer plus que de simples intérêts pour invoquer l'erreur de droit ou la fausse interprétation de la loi. Ce sont ses droits qu'il doit mettre en

1727. LEPETIT-COLLIN (H.) et PERRIN (A.), « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », *op. cit.*, p. 819.

avant[1728]. Cette condition se retrouve par exemple dans les conclusions de Romieu sur l'arrêt *Commune de Quilleboeuf*, rendu le 17 novembre 1893[1729]. En l'espèce, un commerçant se voit refuser, par un maire, la possibilité de déposer ses marchandises dans un entrepôt. Or, relève Romieu, « l'admission à l'entrepôt dans les conditions prescrites par les lois et règlements est un droit aussi bien pour les commerçants que pour les industriels »[1730]. Après avoir déterminé que le recours en cause dans l'affaire était un recours pour excès de pouvoir, il précise que le requérant invoque un droit lésé. Son recours n'est alors pas limité aux cas d'incompétence ou de violation des formes, mais peut reposer sur le cas de violation de la loi[1731]. Cependant, cette condition a été abandonnée au début du XXe siècle, laissant définitivement place à la notion d'intérêt à agir en 1906[1732]. Toutefois, la condition de droit acquis violé avait en fait un champ limité d'application. Elle jouait seulement lorsque le requérant souhaitait contester la violation de la loi par l'acte administratif. En somme, souhaitant attaquer le contenu de l'acte, il devait justifier très spécifiquement de la possibilité d'invoquer un tel moyen. Quand le contrôle ne portait que sur des moyens de légalité externe, un intérêt personnel et direct suffisait[1733].

La notion d'intérêt à agir a été de plus en plus entendue libéralement par le Conseil d'État. Dès les premières années du XXe siècle, la jurisprudence a souhaité en diminuer la rigueur. Le mouvement s'amorce avec l'arrêt *Casanova* de 1901, puis se renforce avec les arrêts *Lot* de 1903, ainsi que *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* et *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges* de 1906, pour ne citer que ceux considérés comme de « grands arrêts »[1734]. Respectivement, ils ouvrent le recours pour excès de pouvoir à un contribuable contre une délibération d'un conseil municipal ; à un fonctionnaire contre les actes de nomination ; aux

1728. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e éd., t. II, *op. cit.*, pp. 532-533.
Voir aussi : BERARD (L.), *La Notion d'Intérêt dans le recours pour Excès de Pouvoir*, *op. cit.*, pp. 11-20 ; LAMPUE (P.), « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *op. cit.*, pp. 391-392.
1729. CE, 17 novembre 1893, *Commune de Quilleboeuf*, rec. 751, concl. Romieu.
1730. rec. 752
1731. rec. 754.
1732. CE, 1er juin 1906, *Alcindor*, rec. 515.
Voir : LAMPUE (P.), « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *op. cit.*, pp. 391-392 ; DI QUAL (L.), *La compétence liée*, *op. cit.*, p. 31 ; LACHAUME (J.-L.), « La violation de la règle de droit », *Répertoire du Contentieux Administratif*, Dalloz, point 69 ; PELLISSIER (G.), « recours pour excès de pouvoir », *Répertoire du Contentieux Administratif*, Dalloz, point 5.
1733. Selon Laferrière, « il y a là […] une notable différence entre le moyen d'annulation tiré de la violation de la loi et les moyens tirés de l'incompétence ou du vice de forme : ceux-ci peuvent être invoqués par toute personne ayant un intérêt direct et personnel à l'annulation de l'acte ; celui-là au contraire, ne peut être invoqué que par la partie dont le droit est violé » (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, *op. cit.*, p. 534).
1734. CE, 29 mars 1901, *Casanova*, rec. 333, GAJA, 21e éd., n°8 ; CE, 11 décembre 1903, *Lot*, rec. 780, GAJA 21e éd., n°12 ; CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, rec. 962, GAJA 21e éd., n°15 ; CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*, rec. 977, GAJA 21e éd., n°16.
Voir aussi : BERARD (L.), *La Notion d'Intérêt dans le recours pour Excès de Pouvoir*, *op. cit.* ; WALINE (M.), « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif ? », *op. cit.*, pp. 227-229 ; LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, *op. cit.*, pp. 24-25 ; MELLERAY (F.), « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le « moment 1900 » et ses suites », *AJDA* 2014, pp. 1531-1536.

usagers d'un service public contre les actes d'organisation et de fonctionnement de ce service ; aux syndicats et groupements contre un acte affectant les intérêts de leurs membres. Tout en jouant un rôle de filtre, en évitant de faire du recours pour excès de pouvoir une action populaire, l'intérêt à agir est suffisamment souple pour accueillir un nombre important de recours. Ainsi, l'intérêt invoqué peut-il être moral ou matériel, individuel ou collectif ; cependant, il doit être suffisamment direct et certain[1735]. Dans ce cadre, si le recours pour excès de pouvoir est ouvert à un campeur contre un arrête municipal réglementant le camping sur le territoire de la commune (auquel le campeur n'appartient pas)[1736], il est, en revanche, fermé aux individus invoquant la qualité de contribuable de l'État[1737] ou encore de citoyen[1738].

L'attitude libérale du juge sur cette question reflète l'utilité du recours pour excès de pouvoir. Agissant par son biais, l'individu se fait plus agent de la légalité, que défenseur de ses propres droits. Dans sa conception objective il est permet que « l'administré se tourne vers le juge de l'excès de pouvoir, non seulement et explicitement pour lui-même, mais aussi et implicitement, pour tous ceux qui relèvent de la même catégorie que lui, objectivement définie, et qui auraient ainsi le même intérêt que lui à l'annulation »[1739]. La demande du requérant dépasse son simple cas. Les enjeux sont plus élevés que la simple résolution d'une espèce ; c'est la légalité qu'il faut faire respecter, et le droit qu'il faut dire. Lorsqu'un requérant parvient à prouver l'illégalité de l'acte, il voit sa demande être acceptée. Mais, au-delà, le droit et la hiérarchie des normes sont apurés. Considéré comme un « recours objectif de légalité ouvert même sans texte à celui qui justifie d'un simple intérêt à agir, il transcende le requérant qui ne devient en somme que l'instrument inconscient de la loi »[1740]. Par son biais, le requérant « se comporte en réalité comme un défenseur de la légalité ou un « procureur du droit » »[1741]. Comme nous le verrons, la décision a des effets qui dépassent le cadre du litige, renforçant l'idée que le requérant défend aussi un intérêt plus large que le sien.

1735. ALIBERT (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, Paris, 1926, 391 pages, pp. 96-138 ; ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II., *op. cit.*, pp. 255-279 ; PACTEAU (B.), *Manuel de contentieux administratif*, 3e éd., PUF, Paris, 2014, 304 pages, pp. 100-108 ; GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, 4e éd., *op. cit.*, pp. 291-296.
1736. CE, Sect., 14 février 1958, *Abisset*, rec. 98.
1737. CE, 13 février 1930, *Dufour*, rec. 176.
1738. CE, 23 septembre 1983, *Lepetit*, rec. 372.
1739. GOHIN (O.), *Contentieux administratif*, 8e éd., *op. cit.*, p. 236.
1740. MERENNE (S.), « La transaction portant sur un recours pour excès de pouvoir », *AJDA* 2015, pp. 993-996, p. 995.
1741. CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, p. 788. L'expression est reprise, presque mot pour mot, dans le manuel de contentieux du même auteur : *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., *op. cit.*, p. 224.

b. L'intérêt à agir parfois non nécessaire : l'intérêt de la légalité comme condition suffisante

La jurisprudence va cependant plus loin dans certains cas. La condition d'intérêt à agir peut être occultée, et ce afin de permettre au juge de connaître de l'affaire, eu égard à son intérêt pour la légalité. Rarement le Conseil d'État met en lumière cette politique jurisprudentielle. Néanmoins, elle peut être identifiée dans au moins trois situations concernant les requérants classiques[1742].

Dans la première, le Conseil d'État admet la requête sans rechercher en amont si les requérants avaient un intérêt à agir. Le juge a pu admettre des contestations venant de parlementaires alors qu'il est clair que cette seule qualité ne suffit pas à leur conférer un intérêt à agir[1743]. Par exemple, si le commissaire du Gouvernement Massot pouvait conclure dans l'affaire *Joxe et Bollon* en ce sens, la décision du Conseil d'État ne fait pas mention de cette question[1744]. Le recours est admis « sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir opposées par le ministre d'État, ministre de l'économie, des finances et de la privatisation ». Sur le fond, la demande est toutefois rejetée. Cela signifie donc que, malgré l'absence d'intérêt à agir, le juge accepte de contrôler la légalité de la décision en cause. Cette entorse se fait à une double condition : la requête doit être rejetée au fond et la question posée par le recours doit avoir une certaine importance[1745]. C'est alors l'intérêt de la légalité qui justifie le contrôle. La volonté du juge de prendre position afin de ne pas laisser en suspens une question ayant un intérêt particulièrement important.

De même, deux arrêts rendus le même jour illustrent différemment la façon dont le Conseil d'État peut évacuer la condition d'intérêt à agir. Dans les deux espèces, était en cause l'autorisation de mise sur le marché de la pilule abortive. Dans l'affaire *Association pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement*, le recours est étudié au fond sans que la question de

1742. Il faut en effet mettre à part le préfet et les membres des organes délibérants dont l'intérêt à agir est présumé. Dans ce cas, c'est avant tout leur statut qui autorise cette particularité. Le préfet agit, en effet, dans l'intérêt de la légalité, en déférant les actes administratifs aux tribunaux administratifs en vertu des articles L. 2131-6 et 2131-8 du CGCT. Les membres des organes délibérants se voient aussi reconnaître cette spécificité, du fait des « intérêts dont ils ont la charge » : CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, rec. 70 ; GAJA 21e éd., n°114.

1743. Ce n'est pas le seul domaine dans lequel le juge refuse de réponde à une question sur l'intérêt à agir du requérant. Pour un exemple récent : CE, 9 novembre 2015, *M. A*, n°388234 : concernant la demande d'annulation d'un refus opposé par un ministre à une demande d'abrogation d'un acte réglementaire qui serait devenu illégal du fait d'un changement de circonstances. Le Conseil d'État met en évidence, en premier lieu, qu'un tel changement n'a pas eu lieu. Dans un second temps, il affirme : « Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la recevabilité de sa requête, que M. A...n'est pas fondé à demander l'annulation de la décision qu'il attaque ».

1744. CE, Ass., 2 février 1987, *Joxe et Bollon*, rec. 25 ; *RFDA* 1987, pp. 176-190, concl. Massot. Il en va de même dans l'affaire Sieur Schwartz, dans laquelle la question est abordée dans le même sens par le commissaire du Gouvernement Latournerie, mais est passée sous silence par le juge dans sa décision : CE, Ass., 24 novembre 1978, *Sieur Schwartz et autres*, rec. 467, *AJDA* 1979, pp. 45-48, concl. Latournerie.
Pour un exemple récent : CE, Ass., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée et autres*, rec. 268.

1745. BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, 4e éd., *op. cit.*, p. 79.

son intérêt à agir ne soit évoquée : dans l'arrêt *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, la question est évacuée par la proposition classique : « sans qu'il soit besoin d'examiner la recevabilité des requêtes »[1746]. Là encore, le commissaire du Gouvernement traite de la question en quelques mots[1747]. L'intérêt à agir ne semble pas poser de problème. Bien que cela paraisse être une conclusion évidente, l'absence de référence à cette condition du recours dans l'arrêt même accentue l'impression que le juge est plus intéressé par le fond de l'affaire. *In fine*, les recours sont rejetés. Certains appellent en doctrine à une recherche plus contextualisée de l'intérêt à agir, notamment des parlementaires[1748]. Nous verrons que telle est la position du juge anglais qui s'intéresse plus à l'importance de l'affaire et de la question de légalité. Elle nous paraît être une approche bien plus pertinente et conforme à ce qu'il faut attendre d'un recours objectif. Il pourrait alors être possible au Conseil d'État d'admettre un recours pour excès de pouvoir introduit par un parlementaire et visant, par exemple, à obliger le gouvernement à prendre les actes nécessaires à l'exécution de la loi, dès lors que les mécanismes strictement politiques ont échoué[1749]. Le respect de la légalité et le bon exercice par chaque pouvoir de ses compétences devraient prendre le pas sur une approche trop abstraite et radicale de l'intérêt à agir des parlementaires.

La deuxième situation est illustrée par une mesure particulière : c'est le décret pris par le président de la République et mettant en place l'état d'urgence, en vertu de la loi du 3 avril 1955[1750]. À l'occasion de sa mise en œuvre en 2005, le Conseil d'État a pu affirmer que ne peuvent faire un tel recours que les individus résidant habituellement sur le territoire soumis à ce dispositif[1751]. Cette condition est très libérale, notamment lorsque l'état d'urgence est déclaré sur une grande partie du territoire national. Tel était le cas en 2005, puisque cela concernait le territoire métropolitain[1752]. De même, le recours contre le décret du 14 novembre 2015 déclarant l'état d'urgence, dans le même espace géographique, a donné l'occasion au Conseil d'État de confirmer sa position[1753]. Il a déclaré recevable cette action, provoquée notamment par des universitaires, en leur qualité de résidant du

1746. CE, Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres* et *Association pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement* (n°111417, non reproduit) (2 espèces), rec. 368, concl. B. Stirn.
1747. rec. 373.
1748. CAMBAY (J.-P.), « L'intérêt du parlementaire à agir devant le juge administratif », *RDP* 2013, pp. 97-106.
1749. Le juge se refuse, pour le moment, à connaître de ce type de demande : CE, 23 novembre 2011, *M. Masson*, rec. 580, *AJDA* 2012, pp. 781-783, note P. Brunet.
1750. BARANGER (D.), « L'état d'urgence dans la durée », *RFDA* 2016, pp. 447-454.
Pour un point de vue comparatiste, voir : HAGUENAU-MOIZARD (C.), « La législation sur l'état d'urgence – une perspective comparatiste », *Dalloz* 2016, p. 665-671.
1751. CE, ord., 14 novembre 2005, *Hoffer*, rec. 502.
1752.Conduisant le juge, dans l'affaire *Hoffer*, à déclarer non-recevable la requête d'un polynésien.
1753. CE, ord., 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, rec. 8 ; *RFDA* 2016, 355, note D. Baranger.
L'état d'urgence a été étendu, par décret pris en conseil des ministres le 18 novembre, aux territoires de Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion, Saint-Barthélémy et Saint-Martin.

territoire métropolitain. Ces deux affaires ont été rendues dans le cadre du contentieux de l'urgence. Néanmoins, l'appréciation de l'intérêt à agir peut être étendue à ce qu'elle pourrait être dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre ces décrets. C'est presque en véritable action populaire que se transforme alors le recours.

La condition d'intérêt à agir n'est, dans ce cas, pas un obstacle à l'accès au prétoire. Il faut mettre ces décisions en parallèle avec l'attitude classique du Conseil d'État refusant de voir dans la qualité de contribuable de l'État ou de citoyen un élément suffisant pour ouvrir la possibilité de faire un recours pour excès de pouvoir. Si, dans ces deux affaires, le juge admet les recours, c'est dans un intérêt supérieur à celui des requérants : celui de veiller au respect du droit en période de crise.

Enfin, la troisième situation est illustrée par *Association « Ligue des Droits de l'Homme »*[1754]. En l'espèce, un maire avait pris un arrêté afin de faire face à l'arrivée de personnes d'origine « rom » sur le territoire de la commune. Cet acte interdisait la fouille de poubelles ou de conteneurs à déchets, ainsi que la mendicité. L'association Ligue des Droits de l'Homme conteste sa légalité. Ce qui posait problème ici, le Conseil d'État le rappelle, c'est que l'association a un ressort d'action national. Or, l'acte est purement local. En principe, elle ne peut faire avoir intérêt à agir contre celui-ci. Néanmoins, l'arrêt précise qu' « il peut en aller autrement lorsque la décision soulève, en raison de ses implications, notamment dans le domaine des libertés publiques, des questions qui, par leur nature et leur objet, excèdent les seules circonstances locales ». En l'espèce, le recours peut être accueilli. Le Conseil d'État relève qu'un acte similaire pourrait être pris par d'autres communes, dans un même objectif. Dès lors, celui-ci a « une portée excédant son seul objet local ». En tranchant le litige aujourd'hui, il résout aussi une question de droit pour l'avenir. L'intérêt de la question dépasse le cadre spatial du litige. De plus, à l'instar de ce que nous avons pu dire concernant les arrêts sur l'état d'urgence, en plus de sa une volonté de trancher une question de droit pure, le juge souhaite garantir le respect des libertés. C'est en tout cas ce qui ressort du considérant de principe que nous avons cité. L'intérêt supérieur de la question, là encore, justifie que le juge contourne les règles classiques de l'intérêt à agir.

2. L'objectivité dans le contrôle du juge

L'appréciation même du juge est empreinte du caractère objectif du recours pour excès de

1754. CE, 4 novembre 2015, *Association « Ligue des Droits de l'Homme »*, rec. 375.

pouvoir. Lorsqu'un requérant lui soumet un acte administratif, il ne peut invoquer que des moyens de légalité. Nous avons vu plus haut que le juge ne peut en contrôler l'opportunité. De surcroît, il n'est pas possible d'invoquer la violation d'une situation subjective, telle qu'un contrat. La solution est classique[1755], et souvent réaffirmée[1756]. De même, et nous pouvons une fois encore ici citer les conclusions du rapporteur public de Salins : l'objet du recours pour excès de pouvoir n'est pas « de déterminer si l'Administration a bien ou mal agi mais si une mesure qu'elle a prise est objectivement justifiée »[1757].

Dans une veine similaire, le Conseil d'État a rappelé récemment l'incompatibilité entre le recours pour excès de pouvoir et l'utilisation du principe dit d'*estoppel*. L'arrêt du 2 juillet 2014, *Société Pace Europe*, en est l'illustration[1758]. Dans les termes du Conseil d'État, cela signifie « qu'il n'existe pas, dans le contentieux de la légalité, de principe général en vertu duquel une partie ne saurait se contredire dans la procédure contentieuse au détriment d'une autre partie »[1759]. En l'espèce, des salariés protégés avaient consenti à ce que l'inspecteur du travail délivre une autorisation de licenciement à leur égard, alors même que celui-ci ne relevait aucun motif justifiant cette décision. L'autorisation est finalement délivrée et sa légalité n'est pas contestée. Cependant, plusieurs salariés engagent une action devant le conseil des prud'hommes afin de réclamer une indemnité pour licenciement sans cause. Saisi d'une question préjudicielle, par le juge judiciaire, interrogeant la légalité d'une autorisation de licenciement, le Conseil d'État refuse de considérer que le primo-consentement des salariés à l'acte puisse influer sur sa légalité. Et, en l'espèce, le juge reconnaît que l'autorisation est illégale puisque le seul consentement des salariés ne peut la justifier. Il apparaît clairement dans les conclusions de Gaëlle Dumortier « que le contentieux de la légalité ne soit un terrain impropre à l'épanouissement du principe », notamment à cause de « son acclimatation malaisée en contentieux objectif »[1760]. Par analogie avec le contentieux de l'impôt, le recours pour excès de pouvoir « le juge ne peut qu'y faire une application stricte du principe de légalité et garantir le respect de la hiérarchie des normes »[1761].

1755. CE, 24 décembre 1897, *Le Buf*, rec 848. Voir la note de G. Jèze sur les arrêts *Lafage* et *Schlemmer* (*RDP* 1912, pp. 266-294). L'auteur y affirme : « mais le recours pour excès de pouvoir ne peut être fondé que sur *la violation des règles de droit* auxquelles les lois et règlements soumettent le fonctionnement des services publics. Il n'est pas recevable si le moyen invoqué est la violation d'un droit contractuel, quasi contractuel ou quasi délictuel » (p. 278. C'est l'auteur qui souligne).
1756. CE, Ass., 8 janvier 1988, *Ministre du Plan et de l'Aménagement du territoire c. Communauté urbaine de Strasbourg*, rec. 2 ; CE, 14 mars 1997, *Compagnie d'aménagement des côteaux de Gascogne*, rec. t. 638 ; *RFDA* 1997, pp. 349-352, note P. Delvolvé.
Voir : CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., *op. cit.*, pp. 798-800.
1757. *RJEP* 2010, p. 39.
1758. CE, 2 juillet 2014, *Société Pace Europe*, rec. 206 ; *AJDA* 2014, pp. 1897-1900, concl. Dumortier.
1759. Cons. 4.
1760. *AJDA* 2014, pp. 1897-1900, p. 1898.
1761. *idem*. Dans ses conclusions sur cette affaire, Gaëlle Dumortier reprend, et approuve, les conclusions de Pierre Colin dans l'avis rendu quelques années plus tôt par le Conseil d'État, relatif à l'introduction du même principe dans le

Le caractère même du contentieux de la légalité, tourné vers le respect de la hiérarchie des normes plutôt que dans la satisfaction d'une des parties au litige, s'oppose à l'introduction du principe d'*estoppel*[1762]. Prendre une position contraire reviendrait à dire que l'attitude des parties peut influer sur la légalité des actes administratifs. Or, donner une telle possibilité à des volontés subjectives est incompatible avec le contentieux objectif de la légalité, dans lequel il revient de confronter l'acte au principe de légalité[1763] .

Dès lors, les moyens qui peuvent être invoqués sont de pure légalité. Ils sont regroupés en deux catégories : les moyens de légalité externe et les moyens de légalité interne. Les premiers portent sur ce qui entoure l'acte, tandis que les seconds ont rapport à son contenu. Cette distinction, largement utilisée en doctrine[1764], a donc un intérêt particulier au contentieux[1765]. Au titre de la légalité externe, le juge contrôle la compétence de l'auteur de l'acte, la forme et la procédure ; au titre de la légalité interne, il est possible d'identifier le cas de la violation de la règle de droit, le détournement de pouvoir, l'erreur de droit sur les motifs, l'inexactitude matérielle des faits, la qualification juridictionnelle des faits et la proportionnalité. Tous ces cas peuvent être reliés à une violation des conditions légales posées à l'action administrative.

Défenseur de la légalité, le requérant peut invoquer tous moyens de légalité devant le juge. Il n'est pas nécessaire que les vices aient un rapport avec son intérêt à agir[1766]. Le Conseil d'État a fait tomber, à ce sujet, l'une des dernières exceptions qui existaient, en 1995. Par un arrêt *Ville de Meudon*, il a admis que les membres d'un conseil d'administration, ayant qualité à agir contre les délibérations de cet organe, ne sont pas limités aux moyens permettant la défense de leurs prérogatives[1767]. Depuis lors, une fois l'intérêt admis, ce sont tous les aspects de la légalité de l'acte

---

contentieux de l'impôt, contentieux considéré comme objectif.

1762. *ibid*., p. 1899.

1763. D'ailleurs, Gaëlle Dumortier n'exclut pas l'introduction de ce principe dans le contentieux subjectif : *AJDA* 2014, p. 1899.

1764. DEBBASCH (C.) et COLIN (P.), *Droit administratif*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 680-688 ; CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., *op. cit.*, pp. 800-803 ; *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, pp. 1020-1023 ; FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, 10e éd., *op. cit.*, p. 551-558 ; WALINE (J.), *Droit administratif*, 24e éd., *op. cit.*, p. 656.

1765. CE, Sect., 20 février 1953, *Société Intercopie*, rec. 88 ; GACA 5e éd., n°50 : Un requérant qui fonde sa requête en cassation seulement sur des moyens de légalité externe (le Conseil parle de « cause juridique ») ne peut pas, en cours d'instance et à l'expiration du délai de recours, invoquer des moyens de légalité externe. Cette jurisprudence a été étendue au recours pour excès de pouvoir très rapidement : CE, Ass., 15 juillet 1954, *Société des aciéries et forges de Saint-François*, rec. 842 ; CE, Sect., 26 juin 1959, *Syndicat algérien de l'éducation surveillée CFTC,* rec. 399.

1766. CE, 15 mars 1957, *Israël*, rec. 174.

1767. CE, 24 mai 1995, *Ville de Meudon*, rec. 208 ; CE, Sect., 22 mars 1996, *Paris et Roignot*, rec. 99.
Auparavant, les seuls moyens invocables par de tels requérants devaient être ceux permettant la défense de leurs prérogatives (CE, 1er mai 1903, *Sieurs Bergeon, Dalle et autres*, rec. 323). Sur cette question voir : STAHL (J.-H.) et CHAUVAUX (D.), « Annulation de la délibération du conseil d'administration d'un lycée subordonnant le plein exercice de leur majorité par des élèves de plus de dix-huit ans à une autorisation parentale écrite », *AJDA* 1996, pp. 362-366.

qui peuvent être contrôlés. Cela renforce l'idée que le requérant agit pour un intérêt qui le dépasse. Il ne fait pas que défendre sa position. Il participe à la soumission de l'administration à la loi.

Ainsi se présentent classiquement le recours pour excès de pouvoir, et le rôle du juge en son sein. Néanmoins, une telle image est aujourd'hui largement remise en cause. Peut-être d'ailleurs n'a-t-elle jamais été une représentation réelle et parfaite de ce que sont le recours pour excès de pouvoir, et le juge qui en connaît. D'ailleurs, le lien entre recours objectif et contrôle de légalité n'est pas automatique. À ce titre, la *judicial review* en constitue un exemple patent. Bien que permettant aux juges de remplir une fonction similaire au juge de l'excès de pouvoir, elle ne peut être qualifiée de « recours objectif ».

II. La *judicial review* et la notion de « recours objectif »

L'assimilation de la *judicial review* au contentieux objectif a été faite, récemment, par Thomas Perroud[1768]. Plus précisément, l'auteur affirme qu' « en utilisant […] la grille de lecture doctrinale française, l'on constate que le caractère du contrôle de légalité est similaire en droit anglais et français »[1769]. C'est qu'en effet, « les brefs de la prérogative […] peuvent être considérés comme faisant partie du contentieux objectif »[1770].

Il est indéniable que divers éléments sont communs, comme nous venons de le rappeler. Les similitudes entre les deux recours, ainsi classiquement décrits, sont grandes. Elles se renforcent encore lorsque l'on s'aperçoit que la *judicial review* se trouve mise en opposition avec une autre méthode de contrôle de l'administration, en tout point dissemblable : l'appel. La mise en perspective de ces deux recours n'est pas sans rappeler celle qui existe entre recours pour excès de pouvoir et recours de pleine juridiction. La *judicial review* se trouve, elle aussi, dotée d'un statut particulier (A.).

Les éléments recueillis semblent donc aller dans le sens de la conclusion de Thomas Perroud : la *judicial review* constituerait un « contentieux objectif ». Néanmoins, il faut prendre garde à opérer une telle mise en parallèle. Des différences existent : certaines ressortent directement des développements que nous venons d'opérer ; d'autres peuvent être ajoutées. Elles empêchent une qualification catégorique de la *judicial review* en « recours objectif ». Ce, d'autant plus, que la façon

1768. PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, thèse, Dalloz, 2013, 1293 pages, pp. 839-860 ; « Regulation et *judicial review* », pp. 213-234 in *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives* sous la dir. de A. Antoine, Société de Législation Comparée, Paris, 2015.
1769. PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 846.
1770. *ibid.*, p. 847.

dont Thomas Perroud utilise cette qualification, et considère d'un point de vue général la *judicial review*, n'est pas exempte de critiques (B.).

A. Un recours au statut particulier

Le droit public anglais opère une distinction entre la *judicial review* et l'appel. Tout, ou presque, oppose ces deux types de recours[1771]. L'appel est une voie de recours, nécessairement ouverte par la loi (alors que la *judicial review* existe en vertu de la *common law*), qui permet à l'autorité saisie de contrôler l'opportunité de la décision (la question posée est donc : la décision est-elle bonne ou non?), et de substituer sa décision à celle de l'autorité contrôlée[1772]. Sur tous ces éléments, appel et *judicial review* sont en complète opposition. Une exception toutefois doit être mentionnée : l'appel peut être limité aux questions de droit, le rapprochant alors de la *judicial review.*

La distinction entre appel et *judicial review* permet de mettre en exergue un point fondamental : la seconde est, par nature, limitée. Sur tous les aspects qui la distinguent de l'appel, elle se trouve mise en position de retrait. Cela explique pourquoi les juges, et la doctrine, sont enclins à rechercher de façon systématique tant les fondements que les limites de la *judicial review.* Si elle s'étend, elle ne doit pas se confondre avec l'appel, qui est d'une nature très différente. Un alignement sur ce recours conduirait immédiatement à des critiques virulentes, pour une raison simple : si le Parlement avait voulu créer une procédure d'appel il l'aurait fait. Les juges ne peuvent, d'eux-mêmes, développer leur propre outil de contrôle au point de se substituer à la volonté du législateur, et à l'action de l'administration[1773]. Cette question est d'une importance fondamentale à l'heure du développement croissant du contrôle des juges sur l'action administrative[1774]. Cette

1771. YARDLEY (D.C.M.), « Remedies in Administrative Law », *British Journal of Administrative Law*,1957, pp. 69-89, voir pp. 70-71 et p. 85 ; BRENNAN (G.), « The Purpose and Scope of Judicial Review », pp. 18-35, notamment pp. 29-30 in *Judicial Review of Administrative Action in the 1980s. Problem and Prospects*, sous la dir. de M. Taggart, OUP Oxford, 1986 ; JONES (B.L.) et THOMPSON (K.), *Garner's Administrative Law*, 8e éd., Butterworths, Londres, 1996, 577 pages, pp. 161-163 ; CANE (P.), « The Constitutional Basis of Judicial Remedies in Public Law », pp. 242-270 in *Administrative Law Facing the Future : Old Contraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit.* ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., p. 178 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 26-27 et p. 600 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 5 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 476-478.
Voir également les différents articles de Ian Turner, mentionnés plus haut.
1772. *Stepney Borough Council v. Joffe* [1949] 1 KB 599, p. 603 (Lord Goddard) ; *Sagnata Investments Ltd. v. Norwich Corporation* [1971] 2 QB 614 (l'appel conduit à l'autorité à connaître de toute l'affaire) ; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] 1 AC 696, p. 757 (Lord Ackner).
1773. GREY (J.H.), « Discretion in Administrative Law », *Osgoode Hall Law Review* 1979, pp. 107-132, p. 132.
1774. Notamment, et classiquement, cette question se pose dans le cadre du contrôle de proportionnalité : BOYRON (S.), « Proportionality in English Administrative Law : A Faulty Translation ? », *OJLS* 1992, pp. 237-264, p. 262 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 544-545.

limitation inhérente au pouvoir des juges se trouve exprimée par un terme : la *judicial review* est considérée comme leur octroyant un rôle de « supervision »[1775]. En la qualifiant ainsi, c'est toute la substance de la *judicial review* qui se trouve résumée : c'est un contrôle par nature limité, presque superficiel, portant sur la légalité de la décision, et ne permettant pas aux juges d'entrer dans les appréciations discrétionnaires de l'autorité contrôlée. Dès lors, par cette voie, les juges ne peuvent pas reprendre tout le processus décisionnel suivi par l'administration ; ils se limitent à un rôle de surveillance[1776]. Le principe même de la *judicial review* est de contrôler, sans empiéter sur la compétence de l'autorité décisionnaire.

Ainsi analysée, la *judicial review* se rapproche encore du recours pour excès de pouvoir, distingué du recours de pleine juridiction. Leur description est basée sur le rôle limité attribué aux juges saisis par ces voies. Au rôle de « supervision » répond celui de contrôle de « moindre juridiction » du recours pour excès de pouvoir[1777]. Si de telles descriptions permettent un net rapprochement dans le rôle joué par les cours, peut-on aller plus loin ? Notamment, est-il possible de parler d'un « contentieux objectif » concernant la *judicial review*, si les juges se limitent à un contrôle de légalité ? Si une telle qualification a été récemment avancée, sa critique permettra d'approfondir la comparaison.

B. La judicial review*, un « recours objectif »?*

Par sa place spéciale et ses caractéristiques distinctives, la *judicial review* se démarque nettement comme outil de contrôle de l'action administrative. Cette mise en avant est tout à fait similaire à ce que connaît le recours pour excès de pouvoir. À un tel point d'ailleurs qu'un certain paradoxe voit le jour : ce qui en font des objets d'études privilégiés, c'est en grande partie le rôle limité qu'y jouent les juges. C'est, en effet, à ce titre que Laferrière a classé le recours pour excès de

---

Elle a aussi été mise en exergue à la suite de l'affaire *Anisminic*, en ce qu'elle étend la notion de « compétence » : GRIFFITH (J.A.G), STREET (H.), *Principles of Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 210-212 et pp. 218-224 ; HARE (I.), « The separation of powers and judicial review for error of law », pp. 122-126 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.*.

1775. Voir l'introduction : IV, A, 2, b.

Voir Denning LJ dans *R. v. Nothumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw* [1952] 1 KB 338, pp. 357-358 ; Lord Ackner et Lord Lowry dans *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] 1 AC 696, respectivement p. 757 et pp. 766-767 ; Lord Clyde dans *R. v. Secretary of State for Scotland* [1999] 2 AC 512, pp. 542-543.

1776. Voir l'analogie, très parlante, faite par Lord Donaldson MR entre le rôle des juges par voie de *judicial review* et celui d'un arbitre pendant un match de football : *R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Hammersmith and Fulham London Borough Council* [1991] 1 AC 521, p. 561.

1777. Notion utilisée par Pierre Sandevoir : *Études sur le recours de pleine juridiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative,* LGDJ, Paris, 1964, 459 pages.

pouvoir à part ; il en va de même pour Duguit, qui opposait nettement la capacité du juge de l'excès de pouvoir à traiter des seules questions de légalité objective, et du juge de plein contentieux qui devait trancher des questions de légalité subjective, en connaissant du droit objectif. Compte tenu des proximités entre recours pour excès de pouvoir et *judicial review*, la qualification de cette dernière en recours objectif est plus que tentante ; elle paraît aller de soi. C'est à cette conclusion que parvient Thomas Perroud (1.).

Pourtant, la nôtre sera différente. Tout d'abord, il faut préciser que cette question n'a pas de place particulière en droit administratif anglais. La différenciation entre *judicial review* et appel existe et, tant les juges que la doctrine insistent dessus. Néanmoins, il n'y a pas de questions particulières sur une recherche de catégorisation. Les notions de « recours objectif », « contentieux objectifs », « recours subjectif » et « contentieux subjectif » sont inconnues en droit anglais. D'ailleurs, comme le précise Thomas Perroud, il parvient à sa conclusion en usant de la grille de lecture doctrinale française. Ensuite, il est possible de démontrer que ces notions sont, de surcroît, inutilisables pour qualifier la *judicial review.* Certes, des points communs existent. Pour autant, il nous paraît trompeur de les appliquer à cette voie de droit (2.) Nous l'avons vu, les notions de « recours objectif » ou de « contentieux objectif » ont vocation à renvoyer à un ensemble de caractéristiques. Or, quelques-unes seulement apparaissent dans la *judicial review.* Si un rapprochement est possible avec des notions purement françaises, nous préférons alors dire que la *judicial review* est un recours permettant de résoudre des questions de « légalité objective » (3.). La différence terminologique, bien qu'apparemment faible, revêt une importance cruciale pour éviter des généralisations qui peuvent être trompeuses.

1. Les arguments utilisés en faveur de la qualification de « contentieux objectif » ou de « recours objectif »

Thomas Perroud a entrepris dans sa thèse, portant sur *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, des développements comparant le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review*[1778]. Ce travail a été prolongé par un article, paru en 2015[1779]. Nous nous appuierons donc sur ces deux travaux. Deux points nous paraissent fondamentaux, et quelque peu contradictoires : d'une part, l'auteur n'hésite pas à utiliser le terme « objectif » pour qualifier la

1778. PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op.cit.,* pp. 839-860.
1779. PERROUD (T.), « Regulation et *judicial review* », pp. 213-234 in *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives* sous la dir. de A. Antoine, Société de Législation Comparée, Paris, 2015.

judicial review, sans vraiment déterminer quel aspect est « objectif » ; d'autre part, il met en exergue une différence importante de fondement entre le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review*, le premier portant sur la légalité et la seconde surtout sur des questions de compétence. Précisons ces deux aspects.

L'auteur utilise diverses qualifications, en les substituant l'une à l'autre, pour parler de la *judicial review*. Il va ainsi citer les termes de Martin Bullinger qui reconnaît des « finalités objectives » au contrôle de *judicial review*[1780] ; puis il affirme que les trois *remedies* classiques composant la *judicial review* « peuvent être considérés comme faisant partie du contentieux objectif », avant d'écrire que « ces pouvoirs peuvent être qualifiés d'objectifs » ou encore qu' « il s'agit bien de juridiction objective pour reprendre le terme de Léon Duguit »[1781] ; ailleurs, il va relever que « le contrôle de légalité est en effet fortement objectif » en France et au Royaume-Uni puisque « c'est une question objective de légalité qui est posée au juge de part et d'autre de la Manche »[1782] ; enfin, l'auteur s'interroge sur « le caractère objectif ou subjectif du recours » de *judicial review* pour en conclure que « le recours en *judicial review* est donc bien objectif »[1783].

Pour affirmer cela, il se fonde sur plusieurs aspects du recours anglais. En premier lieu, il ne s'agit pas, à la différence de ce qui existe en Allemagne, de protéger des droits subjectifs, mais de résoudre une question de légalité[1784]. Deuxièmement, la *judicial review* n'est pas un recours de droit puisqu'il faut l'accord des juges pour l'utiliser, au terme d'une procédure particulière : la demande de permission. Dès lors, « les justiciables n'ont aucun droit au prononcé de ces décisions »[1785]. Enfin, lorsque l'illégalité est démontrée, la cour a un pouvoir discrétionnaire pour choisir le *remedy* le plus adapté, quel que soit celui demandé par le requérant, voire pour refuser, purement et simplement, l'octroi d'un de ces *remedies*[1786]. Selon Thomas Perroud, ils « sont entièrement à la discrétion des juges du juge si bien que le requérant doit manifester son intérêt à agir »[1787].

1780. PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit.*, p. 846 ; « Regulation et *judicial review* », *op. cit.*, p. 217.
1781. PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit.*, p. 847 et pp. 847-848 ; « Regulation et *judicial review* », *op. cit.*, p. 217 et p. 218.
1782. PERROUD (T.), « Regulation et *judicial review* », *op. cit.*, p. 217.
1783. *ibid*., p. 846 et p. 848 (C'est l'auteur qui souligne).
1784. PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit.*, p. 846 ; « Regulation et *judicial review* », *op. cit.*, p. 217.
1785. PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit.*, p. 847 ; « Regulation et *judicial review* », *op. cit.*, p. 217.
1786. BINGHAM (T.), « Should Public Law Remedies be Discretionary ? », *PL* 1991, pp. 64-75 ; Lord Cooke of Thorndon, « The Discretionary Heart of Administrative law », pp. 203-220 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC*, sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 596-600.
Voir également Lord Denning MR dans *R. v. Greater London Council, ex p. Blackburn* ([1976] 1 WLR 550, p. 559).
1787. PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit.*, p. 847 ; « Regulation et *judicial review* », *op. cit.*, p. 218.

Toutefois, ces éléments mis en exergue, l'auteur précise que le caractère objectif de la *judicial review* « […] est quasiment le seul point point de ressemblance » entre elle et le recours pour excès de pouvoir[1788]. Pour le reste, la différence est de mise. Une formule générale semble reprendre ces antagonismes : « quand on regarde les arrêts, les juges pensent en termes de compétence et non de hiérarchie »[1789]. *A contrario* donc, le recours pour excès de pouvoir serait avant tout pensé en termes de hiérarchie des normes. Là résiderait la différence fondamentale. Et l'auteur poursuit alors en relevant, malgré une proximité terminologique entre *ultra vires* et excès de pouvoir, que cette différence est fondamentale dans l'appréciation du contrôle exercé sur l'administration[1790]. Ainsi, « que le fondement du recours pour excès de pouvoir soit le strict respect de la légalité, le doute n'est guère possible » ; par opposition, « le fait que [la judicial review] ait pour fondement la compétence a eu des implications juridiques importantes. Notamment, cela explique que certaines illégalités aient été jugées comme régulières, car dans la compétence de l'Administration »[1791]. Cette dernière phrase fait référence à l'impossibilité des juges de contrôler les erreurs commises au sein de la compétence de l'autorité. Mais, même à la suite de la décision *Anisminic*, « il semble bien que le raisonnement des juges mobilise davantage la notion de compétence que celle de légalité. […] la question des juges et qui revient sans cesse dans les recours est : à qui le Parlement a-t-il donné compétence pour prendre cette décision ? La conséquence immédiate de la réponse entraîne alors l'affirmation des juges selon laquelle comme le Parlement a investi l'autorité administrative seule de la compétence de prendre telle décision, il n'appartient pas au juge de contrecarrer la volonté du Parlement et de substituer son appréciation à celle de l'organe désigné »[1792]. À la différence de ce qui a pu exister en Angleterre, « il n'existe pas en droit administratif français des « illégalités dans la compétence » ou des compétences qui permettent à l'Administration de s'écarter de la légalité »[1793]. Thomas Perroud relève encore d'autres différences entre ces recours : la faiblesse du contrôle des juges en *judicial review*[1794] ; la nature accusatoire de la procédure anglaise, différente de la procédure inquisitoire régnant dans le recours pour excès de pouvoir[1795] ; la différence de pouvoirs entre les deux juges[1796] ; et enfin, le coût de la

1788. « Regulation et *judicial review* », *op. cit.*, p. 218.
1789. *ibid*., p. 218.
1790. *ibid*., pp. 218-219.
1791. *ibid*., p. 219. Voir également : PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit.*, pp. 839-842.
1792. PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit.*, p. 842.
1793. *ibid.*, p. 847 et p. 840.
1794. *ibid*., p. 222 ; PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit.*, pp. 849-859.
1795. PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit.*, pp. 842-844.
1796. *ibid*., pp. 844-846

procédure, bien plus élevé en Angleterre[1797].

Avant de reprendre successivement ces deux grands points, et leurs éléments constitutifs, il faut relever une chose : soutenir à la fois les deux se révèle contradictoire. Thomas Perroud n'hésite pas à classer la *judicial review* parmi les recours objectifs, tout comme le recours pour excès de pouvoir, alors que, de l'aveu même de l'auteur, ils sont très différents. On voit mal comment il peut être soutenu que leur caractère objectif est leur seul point commun. Qualifier le recours pour excès de pouvoir de recours objectif, comme le fait classiquement la doctrine administrativiste française, résulte d'une étude de ses éléments constitutifs. Cette catégorisation n'est pas un élément du recours ; elle est censée représenter le plus fidèlement possible ce qu'il est, pas opposition à d'autres recours. Il n'est ainsi pas possible de dire que deux recours sont objectifs, mais, à part cela, tout les distingue. L'élément commun serait-il qu'ils permettent d'opérer un contrôle de légalité ? D'une part, cela ne suffirait pas à les réunir ainsi, sous une même étiquette ; d'autre part, même cette qualité est sérieusement mise en doute par l'auteur concernant la *judicial review*, par comparaison au recours pour excès de pouvoir. L'articulation des deux points apparaît malaisée. Cette première remarque importante faite, il est nécessaire ici de s'intéresser à la qualification opérée par l'auteur, et aux motifs invoqués pour la justifier. Nous reprendrons ici, de façon critique, les deux points énoncés : la *judicial review* est un « recours objectif », mais elle n'est pas véritablement un recours en légalité.

2. L'impossibilité de qualifier la *judicial review* de « contentieux objectif » ou de « recours objectif »

Comme les citations que nous avons effectuées le montrent, la qualification en elle-même n'est pas précise. Différentes terminologies sont utilisées par l'auteur. Or, bien qu'il semble les utiliser de façon synonymique, elles ne renvoient pas à la même réalité. Parler de « recours objectif », de résolution d'une « question objective de légalité » ou encore de « contentieux objectif » n'exprime pas des fonctions similaires pour le juge qui en connaît. Une question de légalité objective peut être résolue par la voie d'un recours aux accents plutôt subjectifs. L'exemple du recours de plein contentieux objectif français peut être donné en exemple. Thomas Perroud ne précise pas expressément le sens qu'il souhaite retenir. Il semble qu'il veuille démontrer qu'il s'agit d'un « recours objectif », comme le titre de l'un des développements de sa thèse le laisse suggérer[1798]. Toutefois, l'imprécision peut être regrettée, car si l'on ne peut accepter une telle

1797. *ibid*., pp. 859-860.
1798. PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 846.

catégorisation, il nous semble en revanche plus pertinent de considérer la *judicial review* uniquement comme traitant d'une « question de légalité objective »[1799].

Bien plus, les éléments permettant à l'auteur d'arriver à cette conclusion sont très critiquables, voire même contradictoires. Nous en relèverons trois.

Le premier porte sur l'objet même de la *judicial review* : celle-ci a pour rôle de résoudre une question de légalité et non de protéger les droits. Cette affirmation est, selon nous, indéniable. Cela ne signifie pas que les juges ne cherchent pas à protéger les individus. Seulement, la *judicial review* se concentre d'abord sur la légalité de l'action, qui, par corollaire, permet la protection de l'individu. Celui-ci est protégé des empiétements *illégaux* de l'administration sur ses droits. Le fondement du rôle des cours reste la légalité. Or, tel n'est pas le point de vue développé véritablement par l'auteur puisqu'il fait de la notion de « compétence » la base de la *judicial review*, par distinction avec la légalité. Il y a ici une certaine contradiction logique, ainsi qu'une erreur sur le sens de cette notion. Nous y reviendrons par la suite.

Le deuxième élément utilisé par Thomas Perroud concerne une caractéristique particulière de la *judicial review* : ce n'est pas un recours octroyé de droit. Le requérant, souhaitant défendre son affaire, doit, avant toute chose, demander la permission à la cour saisie[1800]. Cette étape est cruciale. Elle est directement héritée de l'histoire : il ne faut pas oublier que les *prerogative writs* prennent leurs racines anciennes dans l'autorité royale[1801]. Aujourd'hui, cet héritage se retrouve dans la procédure de permission[1802]. Celle-ci a beaucoup évolué. Nous nous en tenons ici à ce qu'elle est aujourd'hui[1803]. Tout d'abord, elle se déroule, par écrit et de façon contradictoire, devant un juge unique. Celui-ci doit vérifier si les délais sont respectés (la *judicial review* doit être faite le plus rapidement possible, et au maximum dans les trois mois après édiction de la mesure)[1804] et si le requérant a un intérêt suffisant[1805]. Depuis le *Criminal Justice and Courts Act* 2015, le juge doit

1799. Voir la suite des développements.
1800. CPR Part 54.4.
Pour les points procéduraux envisagés ici, le lecteur est renvoyé au guide édité par l'*Administrative Court*. Toutes les étapes et les jurisprudences pertinentes y sont clairement référencées et expliquées : *The Administrative Court. Judicial Review Guide 2016*, HM Courts & Tribunals Service, Juillet 2016, 152 pages.
1801. Voir le I de l'introduction.
1802. SUNKIN (M.) et LE SUEUR (A.), « Applications for judicial review : the requirement of leave », *PL* 1992, pp. 102-129 ; DRABBLE (R.), « Procedure : the Early Stage », pp. 539-571 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; FORDHAM (M.), « Permission Principles », *JR* 2006, pp. 176-179 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 836-846 ; BONDY (V.) et SUNKIN (M.), « Accessing judicial review », *PL* 2008, pp. 647-668 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 552-554 ; HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *Law and Administration*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 687-692.
1803. Pour un rapide historique, voir : SUNKIN (M.) et LE SUEUR (A.), « Applications for judicial review : the requirement of leave », *op. cit.*, pp. 107-111.
1804. CPR Part 54.5 (1).
The Administrative Court. Judicial Review Guide 2016, *op. cit.*, p. 35. Voir ce même rapport pour un exposé des législations particulières prévoyant un délai différent.
1805. *Senior Courts Act* 1981, section 31 (3).

refuser la permission s'il lui apparaît hautement probable que l'illégalité n'a fait aucune différence pour la situation du requérant[1806]. En fait, le juge vérifie surtout le caractère « pertinent » (*arguable*) de l'affaire que lui expose le requérant. Il détermine ses chances de succès. Si elles sont trop faibles, la permission est refusée[1807]. Lorsque le juge n'octroie pas l'autorisation, une reconsidération est possible[1808]. Elle sera alors entendue en audience publique. En cas de nouveau refus, un appel pourra être porté devant la Cour d'Appel puis devant la Cour Suprême, à condition que cet appel soit autorisé soit par la cour ayant opposé le refus attaqué, soit par la cour saisie de l'appel[1809]. La permission sert donc tant à vérifier le respect des conditions de forme qu'à jeter un premier regard sur le fond de l'affaire. Les juges vont ainsi s'en servir pour filtrer les cas se présentant à eux. D'ailleurs, dans les années quatre-vingt, lorsque le nombre de demandes de *judicial review* devenait un véritable problème pour la gestion du flux contentieux, c'est en durcissant les conditions de la permission que les juges ont pu juguler le problème. Aujourd'hui encore, nombreuses sont les demandes qui n'obtiennent pas le fameux sésame et ne peuvent être entendues en audience publique[1810]. Après avoir décrit rapidement le principe de la permission, il paraît difficile d'y voir un

---

SCHIEMANN (K.), « Locus Standi », *PL* 1990, pp. 342-353 ; BINGHAM (T.), « Should Public Law Remedies be Discretionary », *op. cit.*, pp. 69-70 ; HIMSWORTH (C.), « No Standing Still on Standing », pp. 200-220 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit* ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 584-595 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 7e éd., *op. cit.*, pp. 769-801 ; MANNING (J.), SALMON (S.) et BROWN (R.), *Judicial review proceedings, a practitioner's guide*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 98-108 ; ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 411-420 ; BAILEY (S.H.), « Reflections on standing for judicial review in procurement cases », *PPLR* 2015, pp. 122-132.

1806. *Criminal Courts and Justice Act*, 2015 section 84, dispositions introduites dans le *Senior Courts Act* 1981, section 31 (3C)-(3F). C'est pour cela que cette règle est connue sous le nom de « makes no difference » (ne fait aucune différence) ou de « highly likely » (hautement probable). La réforme de 2015 remplace un test très similaire déjà exercé par les cours, en vertu de la *common law* : ces dernières pouvaient refuser la permission, ou un remède, s'il était certain que l'illégalité ne faisait aucune différence ou encore si les juges considéraient que la décision aurait de toute façon été la même. La nouvelle formulation oblige les cours à plus de rigueur (élément de probabilité), afin de limiter le nombre de *judicial review*, jugées trop coûteuses en temps et en argent. Cependant, cette innovation ne devrait pas changer fondamentalement les choses, les juges l'appliquant restrictivement.

Voir le rapport produit par le *Bingham Center for the Rule of Law*, le *Public Law Project* et *Justice* : *Judicial review and the Rule of Law : An Introduction to the Criminal Justice and Courts Act* 2015, Part 4, Octobre 2015, 63 pages, notamment pp. i-ii et pp. 5-16.

Voir également les articles, disponibles sur internet, de Mark Elliott : « Judicial review reform (again) », 6 février 2014 (https://publiclawforeveryone.com/2014/02/06/judicial-review-reform-again-2/), « Declarations, quashing orders and declaratory judgments: The *Hawke* case and section 84 of the Criminal Justice and Courts Act 2015 », 15 décembre 2015 (https://publiclawforeveryone.com/2015/12/15/declarations-quashing-orders-and-declaratory-judgments-the-hawke-case-and-section-84-of-the-criminal-justice-and-courts-act-2015/) et « The duty to give reasons and the new statutory « makes no difference » principle », 18 avril 2016 (https://publiclawforeveryone.com/2016/04/18/the-duty-to-give-reasons-and-the-new-statutory-makes-no-difference-principle/).

Voir également : SAMUELS (A.), « Judicial review : the new law : the Criminal Justice and Courts Act 2015 Chapter 2 », *JPL* 2015, pp. 754-758, notamment p. 755 ; MILLS (A.), « Reforms to judicial review in the Criminal Justice and Courts Act 2015 : promoting efficiency or weakening the rule of law ? », *PL* 2015, pp. 583-595.

1807. *R. v. Legal Aid Board, ex p. Megarry* (No. 2) [1994] PIQR 476 ; *Sharma v. Brown-Antoine* [2007] 1 WLR 780.

Voir : BONDY (V.) et SUNKIN (M.), « Accessing judicial review », *op. cit.*, pp. 652-655 et pp. 660-665.

1808. CPR Part 54.12 (3).

À l'exception des affaires considérées comme étant « totally without merit ». Dans ce cas, l'affaire est close. Un appel devant la Cour d'Appel reste possible : CPR, Part. 52.15 (1A).

1809. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 844-846.

1810. SUNKIN (M.) et LE SUEUR (A.), « Applications for judicial review : the requirement of leave », *op. cit.* ;

élément caractéristique d'un « recours objectif », bien au contraire. Quelle que soit la rigueur avec laquelle les juges filtrent les affaires, l'idée même de sélectionner les demandes est aux antipodes de ce qui est normalement attendu d'une procédure juridictionnelle qualifiée d' « objective ». Celle-ci doit être la plus facile possible, car *in fine* ce n'est pas l'individu qui se présente aux juges, c'est une question de légalité. Or, en prévoyant une procédure de permission, fondée sur le principe du contradictoire, et permettant d'écarter la demande avant tout examen poussé au fond, la *judicial review* se démarque nettement d'un « recours objectif ». Ajoutons d'ailleurs que le droit anglais favorise largement, et de plus en plus, les accords entre les parties tant durant la procédure de permission, qu'une fois celle-ci délivrée[1811]. En cas d'accord, la légalité est mise de côté au profit de la satisfaction de l'intérêt des parties.

Enfin, le dernier élément soulevé concerne la nécessité pour le requérant de démontrer un intérêt suffisant pour se voir octroyer un ordre de la Cour. Il est vrai, et c'est tout à fait remarquable, que les juges ont un pouvoir discrétionnaire dans l'octroi des *remedies*[1812]. Encore une fois, cette particularité est liée à l'histoire[1813]. Plusieurs raisons peuvent pousser une cour à refuser un ordre : cela peut être le cas si, lors d'une procédure accélérée, les délais n'ont pas été vérifiés et que leur non-respect cause un certain préjudice[1814] ; même fait dans les délais, le remède peut causer un préjudice du fait du temps passé[1815] ; le requérant pouvait avoir conscience de l'illégalité tenant à la mauvaise composition de l'organe décisionnaire, mais n'a pas soulevé ce point afin de pouvoir faire un recours[1816] ; la condition introduite par le *Criminal Justice and Court Act* de 2015 peut aussi être vérifiée lors de l'audience, une fois l'illégalité de l'acte déterminée, ce qui revient pour les juges à rendre un jugement déclarant l'acte illégal sans prendre aucune mesure curative[1817]. Dans la même

BONDY (V.) et SUNKIN (M.), « Accessing judicial review », *op. cit*.
Voir également : *Civil Justice Statistics Quaterly, England and Wales, July to September 2016* produit par le ministre de la Justice, et publié le 1er décembre 2016. Le rapport comporte différents chiffres significatifs : en 2000, 33% des demandes de *judicial review* ont reçu une permission et ont été entendues en audience publique, contre 17% en 2015, puis 11% dans les neuf premiers mois de 2016. (p. 17).

1811. SUNKIN (M.), « Withdrawing : A Problem in Judicial Review ? », pp. 221-241 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit*. ; BONDY (V.) et SUNKIN (M.), « Accessing judicial review », *op. cit.*, pp. 656-657 ; « Settlement in judicial review proceedings », *PL* 2009, pp. 237-259.

1812. *R. v. Greater London Council, ex p. Blackburn* [1976] 1 WLR 550, p. 559 (Lord Denning MR).
Voir : PITT-PAYNE (T.), « Restrictions on the availability of Judicial Review », pp. 517-537, notamment pp. 529-537 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit*. ; FORSYTH (C.), « The Rock and the Sand : Jurisdiction and Remedial Discretion », *JR* 2013, pp. 360-378.

1813. FORSYTH (C.), « The Rock and the Sand : Jurisdiction and Remedial Discretion », *op. cit.*, pp. 361-362.

1814. FORDHAM (M.), « Permission Principles », *op. cit.*, p. 179.

1815. MANNING (J.), SALMON (S.) et BROWN (R.), *Judicial review proceedings, a practitioner's guide*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 236-240.

1816. *R. v. Williams, ex p. Phillips* [1914] 1 KB 608.

1817. *R. (on the application of Hawke) v. Secretary of State for Justice* [2015] EWHC 4093, [311]-[328] (Holman J) (Bien que la décision de l'autorité en cause soit illégale du fait d'une mauvaise appréciation des obligations pesant sur elle, il est peu probable qu'une décision différente et plus favorable aux requérants aurait été prise si l'autorité avait pleinement pris en compte ces obligations) ; *R. (on the application of Lensbury Ltd) v. Richmond-Upon-Thames BC* [2016] EWCA Civ 814, [40]-[45] (Sales LJ) (le non-respect des obligations pesant sur l'autorité chargée de prendre la

veine, la cour peut refuser l'ordre demandé par le requérant, au profit d'un autre plus adapté[1818]. Cependant, et contrairement à ce qu'affirme Thomas Perroud, l'intérêt à agir ne détermine pas directement le choix du remède[1819]. Mais peu importe pour ce qui nous concerne ici. Affirmer le caractère discrétionnaire des ordres délivrés par voie de *judicial review* ne milite pas en faveur de la dimension « objective » du recours. Ce, d'autant plus, lorsque l'auteur lie cette caractéristique à une supposée condition d'intérêt suffisant. Cela revient à dire que l'individu doit démontrer son intérêt à se voir délivrer un ordre, et, de surcroît, un ordre en particulier. C'est introduire de la subjectivité dans l'affaire. Mais, même considéré seul, le pouvoir discrétionnaire des cours est contraire à l'idée de « recours objectif ». En constatant une illégalité, mais en refusant d'y remédier par un ordre, les juges ne se font pas défenseurs de la légalité. Bien plus, cela signifie que certaines nécessités de l'affaire, autres que des considérations de pure légalité, les ont dirigés dans cette voie. C'est l'antithèse d'un « recours objectif ».

En somme, les éléments retenus par l'auteur ne nous paraissent pas convaincants. Bien au contraire, soit ils sont erronés dans leur formulation soit ils entrent en contradiction avec la notion appliquée à la *judicial review.*

3. La *judicial review*, un recours original permettant le respect de la « légalité objective »

Notre conclusion est la suivante : la *judicial review* permet bien un contrôle de la légalité qualifiée d'objective, ce malgré les affirmations parfois contradictoires énoncées par Thomas Perroud. Le respect de la légalité est le fondement de la *judicial review* (a.). Cela se traduit notamment par certains aspects de son régime juridique, au premier rang desquels la condition d'intérêt suffisant occupe une place révélatrice (b.)[1820].

---

décision peut être considéré comme ayant affecté substantiellement le requérant).
Avant la loi de 2015, les juges avaient déjà pu refuser un ordre au motif qu'il ne serait d'aucune utilité pour l'individu : BINGHAM (T.), « Should public law remedies be discretionary ? », *PL* 1991, pp. 64-75 notamment p. 73.

1818. *R. v. Chief Constable of the North Wales Police, ex p. Evans* [1982] 1 WLR 1155 (déclaration préférée à l'ordre d'obligation afin de laisser plus de liberté à l'autorité sanctionnée).
D'une manière générale sur cette question, voir : BINGHAM (T.), « Should public law remedies be discretionary ? », *PL* 1991, pp. 64-75.

1819. Ce lien semble avoir pu être fait, mais est clairement remis en cause aujourd'hui : BINGHAM (T.), « Should Public Law Remedies be Discretionary », *op. cit.*, pp. 69-70 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit*., p. 588. Notons toutefois que pour ces derniers, l'intérêt à agir peut influencer le choix de l'ordre pris par la Cour (note de bas de page 27 de la p. 588).

1820. Ces deux éléments ont conduit Jean-Marie Woehrling a également classer la *judicial review* avec le recours pour excès de pouvoir au sein des systèmes connaissant d'un contrôle plutôt objectif sur l'administration : WOEHRLING (J.-M), « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs », pp. 297-322 in *L'État actuel et les perspectives du droit administratif européen*, sous la dir. de Jürgen Schwarze, Bruylant, Bruxelles, Collection Droit Administratif – Administrative Law, 2010.

a. La « légalité objective », fondement de la *judicial review*

Le second point mis en évidence par Thomas Perroud porte sur le fondement de la *judicial review* : celle-ci serait avant tout centrée sur la « compétence » par opposition à la « légalité » au sens français du terme. Nous avons déjà dit que tel qu'énoncé par l'auteur, cet élément entre en contradiction avec le premier point. Bien plus, ce qu'il faut maintenant démontrer, c'est le caractère erroné de sa formulation.

À différents passages de ces travaux, Thomas Perroud n'hésite pourtant pas à associer nettement *judicial review* et contrôle de légalité. Nous avons déjà mentionné quelques expressions. C'est ainsi qu'en France comme au Royaume-Uni, selon lui, « ce contrôle de la légalité est […] fortement objectif ». Sans multiplier les citations, il suffit ici de relever que son étude comparée des deux recours se fait sous le titre « l'analyse comparée du contrôle de légalité en France et au Royaume-Uni », dans le cadre de sa thèse[1821]. De la même façon, dans son article, c'est « le contrôle de légalité des autorités de régulation anglaise : un contrôle déférent » qui comprend son analyse de la *judicial review*[1822]. Là encore, le point n'est pas clair. Est-ce un contrôle de légalité ? Ou un contrôle de la compétence ?

Peut-être est-il possible d'expliquer ce choix terminologique par la distinction opérée par l'auteur entre la hiérarchie des normes, qui irrigue le droit administratif français et donc le recours pour excès de pouvoir, et la notion de compétence qui est centrale en droit administratif anglais. Ces affirmations ne sont pas discutables. L'*ultra vires* est l'incarnation de l'importance de la question de la compétence en droit anglais. On ne retrouve pas un intérêt tel en droit français. Les développements portent en effet plutôt sur le rapport entre les normes. Est-ce à dire alors que seule la question du respect de la hiérarchie des normes est une question de légalité ? Quand bien même cette proposition serait acceptée, lorsque les juges anglais contrôlent l'action d'une personne publique, ils le font au regard de la loi, et du droit en général. Le fait que cela ne soit pas formulé comme en droit français ne remet pas en cause cette réalité. Rappelons également que le recours pour excès de pouvoir s'est développé comme moyen de sanction des incompétences. Certes, il a depuis longtemps dépassé cette seule fonction. Cependant, elle occupe toujours une place dans le contrôle du juge administratif français, preuve qu'il n'y a pas d'opposition entre « compétence » et « légalité ». De même, ne peut-on pas considérer, *in fine*, toute question de légalité comme étant une question de compétence ? Après tout, vérifier la validité d'un acte administratif au regard des

1821. PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 839.
1822. PERROUD (T.), « Regulation et *judicial review* », *op. cit.*, p. 217.

normes supérieures, c'est déterminer si l'autorité ayant pris l'acte avait la compétence légale de le faire. La qualification d' « acte illégal » exprime l'incompétence de l'autorité à prendre ledit acte, au regard du droit. Ainsi, Jacques Chevallier affirme, à propos de la loi, qu'elle réduit le pouvoir « en une *compétence* entièrement régie par le droit »[1823]. Ou bien encore, peut-on citer Aucoc : la juridiction administrative se prononçant sur les excès de pouvoir « n'a qu'une chose à vérifier : l'administrateur est-il resté dans la limite de ses pouvoirs »[1824]. Plus globalement, l'État légal reflète cette idée : la place centrale du Parlement oblige le juge à s'appuyer sur lui et à sanctionner l'administration agissant en contrariété avec sa volonté.

Le trait est certes quelque peu forcé, mais le rapprochement est possible. Tout du moins, il n'y a pas un fossé insurmontable entre ces deux notions. À ce stade donc, rien ne justifie d'utiliser le terme « légalité » plutôt pour le recours pour excès de pouvoir que pour la *judicial review.*

Faut-il donc en conclure que, malgré la terminologie, Thomas Perroud considère en fait la *judicial review* comme un contrôle de légalité ? Serait-ce un contrôle de la légalité fondé sur la compétence à la différence du recours pour excès de pouvoir, qui lui serait un contrôle de légalité fondé sur la hiérarchie des normes ? Si telle était l'affirmation de l'auteur, nous y souscririons sans peine. Nous ne cherchons pas à minimiser l'importance de la notion de compétence. Mais, il ne faut pas non plus l'entendre trop restrictivement. La question de la compétence renvoie à la question de la légalité. Or, ce n'est pas le point de vue de Thomas Perroud. Comme nous l'avons déjà relevé, il défend une idée opposée : selon lui, le droit anglais admet l'existence d'illégalité non sanctionnée. Il s'agit, en fait, des erreurs commises par les autorités et relevant de leur compétence. La dichotomie entre erreurs affectant et erreurs appartenant à la compétence de l'organe décisionnaire empêcherait de juger pleinement de la légalité de l'acte[1825].

Mais, justement, en remplaçant le mot « erreur » (*error*) par illégalité lorsqu'il parle de ce sujet, l'auteur change le sens de la phrase. La doctrine anglaise n'a jamais affirmé, à notre connaissance, que les juges se refusaient à sanctionner des illégalités, car elles étaient comprises dans la compétence de l'organe. Elle ne l'a jamais dit parce que cela n'aurait, en fait, pas de sens. Ce qui est illégal, c'est-à-dire contraire à la loi, en vertu de la doctrine de l'*ultra vires*, c'est d'outrepasser sa compétence. Les principes de souveraineté du Parlement et de séparation des pouvoirs jouent pleinement, rappelons-le. La loi donne une compétence à une autorité publique ; si elle la respecte, elle est libre d'agir (l'acte est *intra vires*) ; si elle la viole, alors les cours doivent

1823. CHEVALLIER (J.), « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP* 1990, pp. 1651-1677, p. 1663 (c'est l'auteur qui souligne).
1824. *idem*.
1825. Voir les citations opérées au début de ces développements.

intervenir, car violer sa compétence c'est, pour l'autorité, enfreindre la loi et donc commettre un acte illégal (l'acte est *ultra vires*). Si ensuite des « erreurs » sont commises, elles ne sont pas constitutives d'une illégalité. Comme le notait déjà en 1982 Michel Distel : « en fait, la notion de *jurisdiction* est plus proche de la notion de pouvoir – telle qu'elle est utilisée dans l'expression « recours pour excès de pouvoir » – que de celle de compétence qui permettrait de ne rendre compte qu'imparfaitement de son caractère essentiel »[1826]. La liaison légalité-compétence interdit la conclusion à laquelle arrive l'auteur. Ce que l'on peut dire, en revanche, c'est qu'en donnant une définition restrictive de la « compétence », les juges opèrent un contrôle limité. L'extension de ce dernier passera ainsi nécessairement par une définition plus large de cette notion

Pour autant, est-ce différent en France ? Nous ne le pensons pas. Par exemple, que signifie le contrôle de l'erreur manifeste, si ce n'est que des erreurs non manifestes ne sont pas sanctionnées par les juges ? Est-ce à dire qu'elles sont constitutives d'illégalité que les juges laisseraient subsister ? Non, car la légalité s'étend aussi loin que s'étend le contrôle du juge. Au-delà, en France comme en Angleterre, règne le pouvoir discrétionnaire de l'administration, c'est à dire notamment le droit de se tromper. Prenons un autre exemple, celui du contrôle de proportionnalité. Avant sa reconnaissance et son extension, est-il possible de dire que les décisions disproportionnées rendues par l'administration étaient illégales ? Encore une fois, la réponse est négative. La proportionnalité ne faisait alors pas partie de la légalité. Cependant, aujourd'hui, de telles décisions seraient considérées comme illégales.

La *judicial review* est un contrôle de légalité, fondée sur la notion de compétence. De ce point de vue général, elle ne diffère pas fondamentalement du recours pour excès de pouvoir. La question est bien objective puisqu'elle ne porte pas sur l'établissement des droits des individus. Néanmoins, si elle n'est pas un « recours objectif » comme l'affirme l'auteur, il faut reconnaître que certains de ces éléments lui donnent une telle coloration. Intéressons-nous ici à l'intérêt nécessaire que doit avoir le requérant pour agir. Son étude révèle que la *judicial review* est avant tout conçue pour résoudre une question de légalité, plutôt que pour protéger les droits des individus[1827].

1826. DISTEL (M.), « Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration en Grande-Bretagne », *RIDC* 1982, pp. 41-100, voir pp. 71-72 (c'est l'auteur qui souligne) ; voir également pp. 79-90.
Voir également : FLOGAÏTIS (S.), *Administrative Law et Droit Administratif*, *op. cit.*, p. 182.
1827. Cela ressort également de la formulation même des noms des arrêts sous la forme R (on the application of X) v. Y. Notamment, la présence du « R » renvoie directement l'autorité qui est considérée comme opérant la demande de *judicial review*, au nom du requérant (X) contre l'autorité publique (Y) : il s'agit de la Reine (*Regina*) ou Roi (*Rex*).
Cela a pu faire dire à certains juges que « dans la procédure de judicial review il n'y a pas vraiment de *lis inter partes* ou action d'une personne contre une autre » (*R. v. Stratford-on-Avon District Council, ex p. Jackson* [1985] 1 WLR 1319, p. 1323 (May LJ). Là encore, l'histoire explique cette particularité puisque les *prerogative writs* étaient délivrés au nom du Roi, par sa Cour : voir l'introduction.

b. L'intérêt suffisant, élément révélateur de la centralité de la « légalité objective » dans la *judicial review*

L'existence d'un intérêt à agir suffisant (*sufficient interest* ou encore *standing* ou *locus standi*) est étudiée à deux étapes par les juges : une première fois au moment de la permission, puis une seconde fois lors de l'étude au fond de l'affaire[1828]. Cette double étude poursuit des objectifs différents. Dans le premier cas, il s'agit de faire pleinement jouer son rôle de filtre à la permission. Dès lors, le requérant qui n'a aucun intérêt, mais agit comme un « fouineur indiscret » (*meddlesome busybody*)[1829] verra sa demande de *judicial review* être refusée. Dans le second temps, l'intérêt à agir est étudié en lien avec le fond de l'affaire. Le principe est simple : plus l'intérêt du requérant sera fort, plus il aura de chance de voir ses arguments l'emporter[1830]. Toutefois, la proposition inverse semble également vraie : plus les arguments sont pertinents, plus les juges seront enclins à considérer que le requérant avait un tel intérêt[1831]. Dans cette dernière optique, l'intérêt à agir ne joue plus vraiment de rôle. Il est la conséquence de l'importance du cas, mais ne sert plus à limiter le nombre de recours. L'approche est avant tout casuistique et va dépendre du contexte de l'affaire[1832]. L'*Administrative Court* a pu considérer dans l'affaire *David Edwards* qu'un individu, sans domicile fixe, mais « résidant » dans une ville depuis longtemps, peut faire une *judicial review* contre le permis octroyé à une entreprise l'autorisant à utiliser des pneus usagés comme combustible pour

1828. *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex p. National Federation of Self-Employed and Small Business Ltd* [1982] AC 617, p. 639 (Lord Diplock), p. 648 (Lord Scarman) et p. 656 (Lord Roskill) ; *R. v. Monopolies and Mergers Commission, ex p. Argyll Group Plc* [1986] 1 WLR 763, p. 773 (Lord Donaldson MR). Pour une réaffirmation récente : *Walton v. Scottish Ministers* [2012] UKSC 44 [95] (Lord Reed).
SCHIEMANN (K.), « Locus Standi », *PL* 1990, pp. 342-353 ; BINGHAM (T.), « Should Public Law Remedies be Discretionary », *op. cit.*, pp. 69-70 ; CANE (P.), « Standing Up for the Public », *PL* 1995, pp. 276-287 ; HIMSWORTH (C.), « No Standing Still on Standing », pp. 200-220 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit.* ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit*., pp. 584-595 ; HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *Law and Administration*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 694-701 ; ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 411-420 ; MANNING (J.), SALMON (S.) et BROWN (R.), *Judicial review proceedings, a practitioner's guide*, 3e éd., *op. cit*., pp. 98-108 ; BAILEY (S.H.), « Reflections on standing for judicial review in procurement cases », *PPLR* 2015, pp. 122-132 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 759-791.
1829. Selon les termes de Lord Donadlson MR dans l'affaire *R. v. Monopolies Commission, ex p. Argyll Group Plc* ([1986] 1 WLR 763, p. 773).
1830. MANNING (J.), SALMON (S.) et BROWN (R.), *Judicial review proceedings, a practitioner's guide*, 3e éd., *op. cit*., p. 98.
R. v. Monopolies and Mergers Commission, ex p. Argyll Group Plc [1986] 1 WLR 763, p. 773 (Lord Donaldson MR).
1831. Cela ressort notamment du jugement des Lords Diplock, Scarman et Roskill dans *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex p. National Federation of Self-Employed and Small Business Ltd* [1982] AC 617, respectivement p. 644, p. 654 et p. 656.
En particulier sur cette affaire : CANE (P.), « Standing, Legality and the Limits of Public Law », *PL* 1981, pp. 322-339.
Voir également : *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex p. World Development Movement Ltd* [1995] 1 WLR 386, p. 395 (Rose LJ).
1832. *R. v. Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* [1982] AC 617, p. 630 (Lord Wilberforce).

faire fonctionner une cimenterie[1833]. Le requérant reprochait un vice dans la procédure publique de consultation des habitants. Notamment, et en violation du droit de l'Union européenne, l'entreprise n'avait pas fourni les documents nécessaires à l'évaluation de l'impact environnemental de cette utilisation des pneus usagés. La demande de *judicial review* est accordée alors même que le requérant n'a pris aucune part à la consultation organisée. Sa seule qualité de « résidant » suffit à justifier le recours[1834]. Le traitement de l'existence de l'intérêt à agir se fait de plus en plus dans cette optique. Une liaison est opérée entre la pertinence de l'affaire soulevée et la condition de l'intérêt du requérant, permettant aux juges de s'intéresser à la question posée (*β.*). Avant de voir ce mouvement, il est nécessaire dans un premier temps de définir le rôle de l'intérêt à agir dans le cadre de la *judicial review* (*α.*). L'assouplissement progressif de cette notion conduit à s'interroger sur la possible assimilation de la *judicial review* avec l'*action popularis* (*γ.*)

α. Le rôle de l'intérêt à agir dans le cadre de la judicial review

La notion d'intérêt à agir joue deux fois dans le cadre de la *judicial review*. D'une façon originale, par rapport au recours pour excès de pouvoir, elle est prise en compte en aval du contrôle ; d'une façon plus classique, elle joue également en amont, dans l'admission de la demande.

En effet, une fois l'illégalité de l'acte démontrée, les juges vont rarement refuser un ordre au motif que l'intérêt du requérant est insuffisant[1835]. Le juge préférera corriger l'illégalité en sanctionnant l'acte, plutôt que de refuser d'agir au motif d'un intérêt insuffisant du requérant. Cela est d'autant plus logique que les juges vont bien souvent déterminer l'intérêt du requérant au regard de la pertinence des arguments de légalité invoqués. En revanche, il est admis que l'intérêt du requérant soit pris en compte dans le choix de l'ordre pris par le juge. Cela ne signifie pas, comme l'affirme Thomas Perroud, qu'il doit prouver un certain intérêt pour avoir droit à un remède. Seulement, en prenant sa décision sur l'issue finale à donner au procès, la cour prend l'importance de l'intérêt propre au requérant en compte. Il constitue l'un des facteurs structurant l'usage du pouvoir discrétionnaire des juges dans ce domaine[1836]. Il n'est pas le seul : l'importance de

1833. *R. (on the application of David Edwards) v. The Environment Agency (No.1)* [2004] EWHC 736.
1834. [15] – [16] (Keith J.).
1835. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, p. 82 ; BAILEY (S.H.), « Reflections on standing for judicial review in procurement cases », *op. cit.*, p. 123.
1836. *R. v. Felixstowe Justices, ex p. Leigh* [1987] QB 582 : le requérant a un intérêt suffisant pour se voir délivrer une déclaration, mais non un ordre d'obligation.
Voir également pour une réaffirmation récente : *Walton v. Scottish Ministers* [2012] UKSC 44, [95] (Lord Reed) et [103] (Lord Carnwath). Sur cette affaire, et ce point en particulier : VARUHAS (J.N.E.), « Judicial review : standing and remedies », *CLJ* 2013, pp. 243-247 ; REID (C.), « The end of the road for Walton », *Jur. Rev.* 2013, pp. 53-61 ; McCRAKEN (R.), « Standing and discretion in environmental challenges : Walton, a curate's egg », *JPL* 2014, pp. 304-

l'illégalité, la nature de l'acte, ou encore l'impact sur l'administration peuvent entrer en ligne de compte. C'est le contexte général de l'affaire, dans lequel se fond l'intérêt du requérant, qui est déterminant[1837]. Cet élément, révélateur du pouvoir discrétionnaire des cours, ne favorise pas la nature « objective » de la *judicial review*, comme nous l'avons déjà affirmé.

En revanche, en amont de la procédure, la condition d'intérêt suffisant n'est pas restrictive. La tendance globale dans la jurisprudence anglaise, dans les dernières décennies, est d'ailleurs à sa libéralisation croissante. Or, cela n'avait rien d'évident. Le système anglais est fondé sur un principe ancien, venant du droit privé : « pas de *remedies* sans droit »[1838]. En somme, pour obtenir une décision du juge il est obligatoire, en principe, de prouver qu'un droit a été violé. Cette maxime ne trouve pas à s'appliquer dans le contexte de la *judicial review*. La réforme créant la procédure unifiée de *judicial review* en 1977 prévoyait déjà que le requérant devait avoir un « intérêt suffisant », pour accéder à ce recours[1839]. Dans sa décision *National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd*, la Chambre des Lords a considéré que ce test était commun à tous les ordres composant la *judicial review*[1840]. Comme nous l'avons vu auparavant, la réforme de 1977 a fusionné, au sein d'une procédure unique l'octroi de différents ordres. Certains étaient de droit public (les ordres de la prérogative) et d'autres étaient de droit privé (l'injonction et la déclaration). Pour ce qui est de ces derniers, ils ne pouvaient être octroyés que si le requérant démontrait qu'un droit était affecté par la décision en cause[1841].

L'affaire *National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* a permis aux Lords d'établir un test unique : quel que soit l'ordre demandé à la Cour, il faut seulement prouver un « intérêt suffisant ». Le régime de droit public a prévalu. La *judicial review* n'est pas conçu comme s'intéressant en premier lieu aux droits, mais comme devant être opérée dans un intérêt supérieur :

314.
Cela ne signifie pas pour autant que l'existence même de l'intérêt du requérant dépend de l'ordre demandé : CANE (P.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, p. 283 ; PITT-PAYNE (T.), « Restrictions on the availability of Judicial Review », pp. 517-537, notamment pp. 521-522 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit*.

1837. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., pp. 78-80 ; REID (C.), *ibid*.

1838. CRAIG (P.), *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Clarendon Press, Oxford, 1990, 440 pages, pp. 27-29 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, p. 584 ;

1839. *Order* 53 r. 3(7) repris ensuite par la section 31 (3) du *Senior Courts Act* 1981.

1840. *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex p. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* [1982] AC 617.

1841. *Gouriet v. Union of Post Office Workers* [1978] AC 435.
Voir : SCHWARTZ (B.) et WADE (H.W.R.), *Legal Control of Government. Administrative Law in Britain and the United States*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1972, 349 pages, pp. 291-295 ; DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) et JOWELL (J.), « Les juges et le contrôle de l'administration en Grande-Bretagne », *op. cit.*, pp. 1076-1079 ; PITT-PAYNE (T.), « Restrictions on the availability of Judicial Review », pp. 517-537, notamment pp. 518-19 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit*.

celui du respect du droit et de la correction des erreurs de l'administration[1842]. C'est ce que traduit la rupture avec le principe classique de droit privé. Depuis lors, ce point n'a pas été démenti comme le prouvent les récents rappels opérés à ce sujet par la Cour Suprême[1843]. En particulier, dans l'une de ces affaires, Lord Reed a rappelé un point fondamental : « une demande tendant à ce que la compétence de supervision soit exercée […] n'est pas faite dans le but de protéger un droit du requérant, mais pour demander à la cour de superviser les actions d'une autorité publique afin de veiller à ce qu'elle exerce ses fonctions dans le respect du droit »[1844]. La défense de la légalité justifie des règles de droit public particulières concernant l'intérêt du requérant. C'est dans ce but que les juges ont pu lier la recherche de l'intérêt du requérant avec la substance de l'affaire.

β. Une notion entendue de moins en moins restrictivement : la volonté des juges de garantir la « légalité objective »

L'évolution de la notion d' « intérêt suffisant » dénote une volonté de relâchement de la part des juges. Par nature flexible, elle permet une étude casuistique et s'adapte aux différents contextes que les cours peuvent rencontrer[1845]. Elle est le reflet du pouvoir discrétionnaire des juge[1846]. En revanche, cela les conduit à produire une jurisprudence manquant en clarté, ce qui la rend difficile à systématiser[1847]. Avant d'entrer dans ces développements, il est important de mentionner que le système anglais possède un mécanisme inconnu du droit public français : il s'agit de l'action menée par le Procureur Général (*Attorney General*)[1848]. Membre du Gouvernement., il peut opérer une

1842. Voir Lord Diplock dans *R. v. Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* ([1982] AC 617, p. 644).
Dans l'affaire *R. v. Somerset County Council, ex p. Dixon* ([1998] Env. LR 111) relève : « le droit public n'est pas fondé sur les droits, même si les abus de pouvoir peuvent, et souvent interfèrent avec des droits privés ; il concerne les erreurs (wrongs) – c'est-à-dire les mauvaises utilisations du pouvoir public » (p. 121). Dans le même sens : GOULD (B.C.), « Animinic and Jurisdictional Review », *PL* 1970, 358-371, notamment pp. 368-369.
Voir également le plaidoyer de Peter Cane en faveur d'une l'approche libérale de l'intérêt à agir, antérieurement à l'affaire *R. v. Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd*. Le publiciste fonde cette approche sur la nécessité de permettre aux cours de veiller à ce que les limites dans lesquelles sont assignées les autorités publiques sont bien respectées : CANE (P.), « The Function of Standing Rules in Administrative Law », *PL* 1980, pp. 303-328.
1843. *Axa General Insurance Ltd v. The Lord Advocate* [2011] UKSC 46, [53] – [62] (Lord Hope) et [159] – [175] (Lord Reed) ; *Walton v. Scottish Ministers* [2012] UKSC 44, [89] – [96] (Lord Reed).
Voir : BAILEY (S.H.), « Reflections on standing for judicial review in procurement cases », *op. cit.*
La particularité de la *judicial review*, sur ce point, ressort aussi des conditions d'intérêt à agir existant pour d'autres recours intéressants le droit public : LEGERE (E.), « *Locus Standi* and the Public Interest : A Hotchpotch dans Legal Principles », *JR* 2005, pp. 128-134.
1844. *Axa General Insurance Ltd v. The Lord Advocate* [2011] UKSC 46, [159].
1845. C'est l'une des forces de cette notion, identifiées par Lord Roskill dans l'affaire *R. v. Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* [1982] AC 617, p. 658.
Voir également : BAILEY (S.H.), « Reflections on standing for judicial review in procurement cases », *op. cit.*
1846. ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 413-414.
1847. SCHIEMANN (K.), « Locus Standi », *op. cit.*, pp. 349-353.
1848. WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 584-585 ; CRAIG (P.), *Administrative*

demande de *judicial review* pour des questions d'intérêt public, soit de lui-même, soit en étant saisi par un individu qu'il représentera. Le Procureur Général est toujours considéré comme ayant un intérêt à agir. Pour autant, lorsqu'il est saisi par un individu, il n'a aucune obligation d'agir. Lord Diplock a relevé les carences dans la pratique de cette autorité pour justifier un élargissement de la condition d'intérêt suffisant pesant sur les requérants, au sens classique[1849]. Seule cette méthode est considérée par le Lord comme permettant de garantir efficacement le respect du droit devant les cours.

Si l'individu invoque le respect d'une garantie expressément posée par la loi, ou son intérêt personnel, la question ne pose pas de difficulté[1850]. La *judicial review* est ainsi ouverte au requérant voisin d'un terrain public faisant l'objet d'une nouvelle réglementation, et qu'il utilise occasionnellement[1851] ; au professionnel qui se plaint du traitement fiscal de ses concurrents, ou d'une nouvelle réglementation affectant ses clients[1852] ; à l'entreprise s'étant vu refuser une permission de construire un supermarché, délivrée à une entreprise concurrente[1853] ; aux enfants et parents d'une école contre une décision la concernant[1854]. De même, le recours de la Commission pour l'Egalité des Chances, veillant en vertu de la loi à éliminer les discriminations, contre une réglementation britannique considérée comme contraire au droit de l'Union européenne interdisant les discriminations fondées sur le sexe, est autorisé[1855]. Dans ce type d'affaires, l'intérêt du requérant est au premier plan puisqu'il s'est vu empêcher de jouir pleinement d'un droit ou d'une garantie légale.

Il est certains cas dans lesquels le lien entre le requérant et l'acte est plus ténu, démontrant que l'intérêt, bien que devant être « suffisant », n'a pas à être direct : a été admise la *judicial review* portant sur la modification substantielle d'un contrat public à laquelle il a été procédé sans respecter les règles de mise en concurrence, le recours ayant été introduit, non pas par un acteur économique,

---

Law, 8e éd., *op. cit.*, 763-764.

1849. *R. v. Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* [1982] AC 617, p. 644.

1850. *R. v. Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* [1982] AC 617, p. 646 (Lord Frazer).

CANE (P.), « Standing Up for the Public », *op. cit.*, pp. 276-277 ; PITT-PAYNE (T.), « Restrictions on the availability of Judicial Review », pp. 517-537, notamment pp. 523-524 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit*.

1851. *R. v. Dyfed CC, ex p. Manson* [1994] COD 366 (à propos de la réglementation d'une plage adjacente au terrain du requérant).

1852. Respectivement : *R. v. Attorney General, ex p. ICI Plc* [1987] 1 CMLR 72 ; *Re Ward, Applications of Judicial Review* [2006] NIQB 67.

1853. *R. v. St Edmundsbury BC, ex p. Investors in Industry Commercial Properties Ltd* [1985] 1 WLR 1168.

1854. *R. (on the application of WB) v. Leeds School Organisation Committee* [2002] EWHC 1927.

1855. *R. v. Secretary of State for Employment, ex p. Equal Opportunities Commission* [1995] 1 AC 1.

mais par un individu étant « résidant, contribuable local et conseiller municipal » et ce afin de veiller à ce que l'autorité locale « respecte le droit, dépense de façon raisonnée l'argent public et assure le développement de la ville de la meilleure façon possible »[1856]. L'intérêt suffisant réside ici dans la soumission de l'autorité décisionnaire au droit, et ce, afin de garantir la meilleure action publique possible. Il n'a pas à être personnellement affecté[1857]. D'une façon générale, la *judicial review* sera plus facilement admise si elle a vocation à sanctionner une illégalité grave dans l'action administrative. La pertinence des arguments utilisés pourra être examinée en premier lieu ; l'intérêt suffisant sera déterminé en fonction d'elle, le liant ainsi à l'étude du fond de l'affaire[1858]. Cela démontre également qu'il n'est pas possible d'établir un lien clair et unique entre intérêt du requérant et *remedies*. Toutes les données de l'affaire sont interconnectées et utilisées, discrétionnairement, par les juges, pour évaluer l'ordre le plus adapté dans chaque cas. Les affaires mentionnées par la suite, traduisant l'accroissement de la libéralisation de l'intérêt à agir, sont le reflet de cette attitude casuistique et pragmatique.

En effet, de nombreux arrêts montrent que l'importance de l'affaire sur le fond justifie de considérer cette condition comme remplie. Le lien entre le requérant et l'acte est encore distendu. La *judicial review* a ainsi été admise directement pour la défense de l'intérêt public[1859]. Dit autrement, la substance de l'affaire justifie le contrôle des cours. La qualification d'un litige comme étant d'intérêt public, ou posant une question d'intérêt public, dépasse le simple cadre de la détermination de l'intérêt à agir. Cela permet aux juges de contourner certaines barrières dressées à leur contrôle. Par exemple, le *Criminal Justice and Courts Act* prévoit que si la Cour doit refuser la permission, ou un ordre, lorsqu'il est hautement improbable que la décision soit différente sans l'illégalité en cause, il en va toutefois autrement pour des raisons « exceptionnelles d'intérêt public »[1860]. De même, alors que le litige soulève une question vidée de son intérêt pour l'espèce, par un changement de circonstances, la cour peut admettre le recours s'il reste une question importante dont la solution serait bénéfique pour l'avenir : dans ce cas le litige est d'intérêt public, car il dépasse la simple résolution du cas soumis aux juges[1861].

1856. *R. (on the application of Gottlieb) v. Winchester City Council* [2015] EWHC 231, [151]-[154] (Lang J.).
1857. *Walton v. Scottish Ministers* [2012] UKSC 44 [85] (Lord Reed).
1858. *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex p. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* [1982] AC 617, p. 630 (Lord Wilberforce) et surtout p. 646 (Lord Fraser) ; *Walton v. Scottish Ministers* [2012] UKSC 44 [95] (Lord Reed).
CANE (P.), *Administrative Law*, 5e éd. *op. cit.*, pp. 282-284.
1859. Pour une étude critique : HARLOW (C.), « Public law and Popular Justice », *MLR* 2002, pp. 1-18.
1860. Section 84 (1) (2 B).
1861. *R. (on the application of Caitlin Reilly) v. The Secretary of State for Work and Pensions* [2012] EWHC 2292, [185] (Foskett J.) ; [2013] EWCA Civ 66, [14] (Pill J.) ; [2013] UKSC 68, [40]-[41] (Lord Neuberger et Lord Toulson).
La question est dite devenue « académique » ou « hypothétique ».
Voir le jugement de Hickinbottom J, fixant plusieurs éléments pris en compte afin de déterminer si le litige est, en ce

L'étude du fond de l'affaire sera faite avant de déterminer l'intérêt suffisant. Cela permet de contourner une éventuelle carence dans le respect de cette condition. D'une façon générale, lorsque l'acte a un impact large sur le public, l'intérêt du requérant est plus facile à démontrer. Les juges se font ici purement pragmatiques : « la rule of law ne serait pas maintenue si, parce que tout le monde est affecté de la même façon par un acte illégal, personne ne peut introduire un recours pour le remettre en cause »[1862]. Les actes de portée générale sont ainsi traités de façon particulière. Dans ce type de situation, la qualité de citoyen peut suffire ; le requérant n'aura pas à invoquer un intérêt particulier ou direct[1863]. Un contribuable a pu faire un recours contre la décision du Gouvernement de payer par la voie d'un Ordre en Conseil, la contribution européenne de cent vingt et un millions de Livres[1864] ; un requérant ayant une appétence clairement établie pour les questions constitutionnelles, et qui a également le statut de contribuable, a pu faire un recours contre la décision de ratifier le traité de Maastricht[1865]. Récemment, un Palestinien dont les plantations ont été détruites par l'armée israélienne grâce à de l'équipement vendu par le Royaume-Uni a pu faire une *judicial review* contre la décision d'exportation délivrée par le Secrétaire d'État[1866]. L'intérêt suffisant lui a été reconnu au motif d'une part que le requérant a un intérêt indirect puisqu'il est affecté par les actions militaires menées par le biais des armes vendues et d'autre part, car le refus du recours conduirait à fermer toutes possibilités de contestation de décision similaire[1867].

Ces éléments traduisent une vision plus libérale de l'intérêt à agir que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Par exemple, l'intérêt du contribuable ne permet pas, en droit administratif français, de contester la légalité de l'action de l'État. Toutefois, comme nous l'avons vu, le Conseil d'État peut accepter des recours sans vérifier, explicitement, le respect de la condition

sens, d'intérêt public : notamment, la question soulevée doit concerner un grand nombre d'individus ; l'affaire doit être pertinente ; le requérant doit avoir intérêt à agir ; la question est devenue hypothétique du fait d'un changement de circonstances postérieures à l'introduction de la requête ; la question nécessitera une réponse des juges dans le futur (*R. (on the application of Williams) v. Secretary of State for the Home Department* [2015] EWHC 1268, [55]).

1862. Lord Reed dans *Walton v. Scottish Ministers* [2012] UKSC 44, [94]. 182.

Voir également : *R. v. Somerset County Council, ex p. Dixon* [1998] Env LR 111, p. 117 (Sedley J.).

1863. Lord Reed dans *Walton v. Scottish Ministers* [2012] UKSC 44, [93] – [94].

1864. *R. v. Her Majesty's Treasury, ex p. Smedley* [1985] QB 657, pp. 669-670 (Sedley LJ).

1865. *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Rees-Mogg* [1994] QB 552, pp. 561-562 (Lloyd LJ).

Voir également : *R. (on the application of Wheeler) v. Office of the Prime Minister and the Foreign Secretary* [2008] EWHC 936 : le requérant demandait à ce que soit déclaré nécessaire un référendum pour ratifier le traité de Lisbonne, résultant d'une promesse du Gouvernement ; la condition d'intérêt suffisant n'est pas vérifiée, le recours est admis mais rejeté sur le fond.

R. (on the application of Evans) v. Secretary of State for Defence [2010] EWHC 1445 : un activiste, œuvrant pour la paix, a pu voir son recours contre les décisions du Secrétaire d'État chargé des Affaires étrangères visant à transférer des insurgés afghans, capturés par les forces britanniques, auprès des autorités afghanes, être étudié sur le fond, sans que son intérêt à agir ne soit questionné.

1866. *R. (on the application of Hasan) v. Secretary of State for Trade and Industry* [2007] EWHC 2630, [5] – [8] (Justice Collins).

1867. Le juge Collins reprend les arguments de l'avocat du requérant mettant en évidence qu'il est « important que le droit soit appliqué de façon suffisamment flexible afin de s'assurer qu'il soit possible que quelqu'un puisse contester une décision publique dont l'illégalité peut avoir de graves effets » (*ibid*., [8]).

d'intérêt à agir. Or, dans certains cas, cela le conduit à connaître d'affaire dont il n'aurait pas pu avoir connaissance autrement. Le recours pour excès de pouvoir, à l'instar de la *judicial review*, n'est alors plus limité par la condition d'intérêt du requérant. L'importance que revêt l'affaire entraîne la nécessité pour le juge de se prononcer au fond. Il y a une grande similitude entre ces deux voies de droit concernant ce sujet. Pour autant, l'action dans l'intérêt public semble bien mieux acceptée en droit anglais.

Enfin, c'est surtout dans le domaine du recours des associations et des groupes d'intérêts que l'évolution de la jurisprudence est la plus nette[1868]. Dans l'affaire *Rose Theatre Trust*, Schiemann J avait refusé la demande de *judicial review* visant à contester la légalité du refus du Secrétaire d'État de classer un théâtre ayant une importance historique[1869]. Le juge considère d'une part qu'aucun individu n'a d'intérêt spécifique dans ce domaine, la qualité de citoyen n'étant alors pas suffisante, et d'autre part qu'un regroupement d'individus n'ayant pas d'intérêt suffisant ne permet pas de leur donner un tel intérêt[1870]. Sur ce point, la décision est en conformité avec la solution retenue dans l'affaire *National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd*, marquant pourtant le début du relâchement de la condition d'intérêt suffisant : la fédération regroupant des contribuables n'a pas d'intérêt à agir contre une décision prise en matière fiscale dès lors qu'aucun d'entre eux, pris isolément, n'a d'intérêt suffisant[1871]. Il est nécessaire que le requérant ait un intérêt spécifique, qui le distingue des autres citoyens. Le juge dénie ici aux cours la possibilité de connaître de toute demande visant seulement à faire respecter la légalité de l'action publique. L'intérêt de l'individu ou du groupe ne peut ressortir de ce seul élément[1872]. Le droit anglais était alors, sur ce point, en net retrait par rapport à son homologue français.

À partir de la décision *Rose Theatre Trust*, la jurisprudence va entreprendre de libéraliser la condition d'intérêt suffisant, tant pour les citoyens, comme nous venons de le voir, que pour les

1868. CANE (P.), « Standing Up for the Public », *PL* 1995, pp. 276-287 ; HIMSWORTH (C.), « No Standing Still on Standing », pp. 200-220 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit* ; PITT-PAYNE (T.), « Restrictions on the availability of Judicial Review », voir pp. 524-527 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit*.
1869. *R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Rose Theatre Trust* [1990] 1 QB 504.
1870. *ibid*., pp. 518-522.
Il est aussi possible que la question de l'intérêt suffisant ait été fortement liée à celle du fond de l'affaire. Comme le relèvent William Wade et Christopher Forsyth, Schiemann J traite en premier lieu des arguments de légalité (*Administrative Law*, 11e éd., *op. cit*., p. 593). Une fois ceux-ci écartés, il s'intéresse à la question de l'intérêt à agir de l'association. On peut envisager que si le premier temps de l'affaire avait été différent (constat d'illégalité), le juge aurait pu considérer les requérants comme ayant un intérêt suffisant. Pour autant, et malgré la pertinence de cet argument, il est clair que cette affaire a été considérée comme marquant une position beaucoup trop restrictive quant à l'intérêt à agir des groupements.
1871. *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex p. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* [1982] AC 617, p. 633 (Lord Wilberforce).
1872. *ibid*., p. 522.

groupements. Concernant ces derniers, plusieurs décisions sont révélatrices. Dans son jugement rendu dans le cas *Greenpeace Ltd (No. 2)*, Otton J remet clairement en cause l'appréciation de Schiemann J et s'en écarte[1873]. Il admet alors que l'association Greenpeace puisse faire une demande de *judicial review* contre l'autorisation de traitement de déchets nucléaires octroyée à une entreprise. Otton J s'appuie notamment sur l'expertise particulière dont bénéficie l'association dans ce type de litige, et qui permet d'aider la cour à prendre sa décision. Il est également affirmé qu'en cas de rejet de la demande, la question aurait peu de chance de pouvoir être traitée par la cour dans une autre affaire[1874]. L'intérêt qu'il y a à régler la question pèse pour une large part dans la décision finale du juge. De manière générale, on peut relever que le droit de l'environnement est propice au relâchement de la condition d'intérêt suffisant : cela permet d'accroître l'intervention de groupes et d'associations experts pouvant alors apporter leur connaissance aux juges ; mais aussi celle des individus, notamment s'ils ont un savoir particulier dans le domaine concerné[1875].

De même, la demande de *judicial review* du World Development Movement contre la décision du gouvernement britannique d'aider au financement d'un barrage en Malaisie a été acceptée, conduisant également à une victoire de l'association sur le fond[1876]. Là encore, le recours est admis notamment, car l'action judiciaire permet de veiller au respect du droit, dans un domaine important, où aucune autre action ne semble probable : la somme s'élevait à deux cents millions de Livres et aucun contribuable n'était plus affecté qu'un autre, rendant impossible l'identification d'un intérêt à défendre en particulier[1877].

Le Child Poverty Action Group, groupement veillant à étudier et éliminer les causes de la pauvreté dans la vie des enfants, peut faire une *judicial review* contre le Secrétaire d'État chargé des

1873. *R. v. Inspectorate of Pollution, ex p. Greenpeace Ltd (No. 2)* [1994] 4 All ER 329.

1874. Sur ces arguments voir : HIMSWORTH (C.), *ibid*., pp. 205-206 ; MANNING (J.), SALMON (S.) et BROWN (R.), *Judicial review proceedings, a practitioner's guide*, 3e éd., *op. cit*., pp. 105-106.

1875. Dans ce dernier cas, nous renvoyons à l'affaire *David Edwards*. Voir également : *R. (on the application of Feakins) v. Secretary of State for the Environment, Food and Rurals Affairs* [2003] EWCA Civ. 1546.

Cela a été mis également en avant dans l'affaire *Walton v. Scottish Ministers* [2012] UKSC 44 : Lord Hope y affirme que si les atteintes à l'environnement peuvent affecter des droits et intérêts particuliers ce n'est pas toujours le cas. Dès lors, et afin de veiller au respect du droit de l'environnement, il est nécessaire de ne pas poser des conditions d'action en *judicial review* trop strictes. Sinon, selon le juge, « ce serait contraire au but du droit de l'environnement, qui se fonde sur l'idée que la qualité de l'environnement concerne tout le monde » ([152]). Dès lors, il faut ouvrir largement le recours, mais pas à tous : le requérant « devra démontrer qu'il a un attrait particulier pour l'élément environnement dont il souhaite la défense et qu'il a des connaissances particulières sur le sujet justifiant qu'il agisse dans l'intérêt public [...] » ([153]).

Voir : REID (C.T.), « Judicial Review and the Environment », pp. 34-66 in *Judicial Review. A Thematic Approach*, sous la dir. de B. Hadfiel, Gill & Macmillan, Dublin, 1995 ; HIMSWORTH (C.), *ibid*., pp. 211-213 ; HARLOW (C.), « Public law and Popular Justice », *MLR* 2002, pp. 1-18, notamment pp. 8-16.

1876. *R. v. Secretary of State for Foreign Affairs, ex p. World Development Movement* [1995] 1 All ER 611.

Cela a conduit à certaines critiques contre les juges : LOVELAND (I.), « The War Against the Judges » *Political Quaterly* 1997, pp. 162-170, notamment pp. 165-166.

À l'inverse, l'action intentée par une ONG située en dehors de la Grande-Bretagne et qui conteste la légalité de son action vis-à-vis d'Israël se voir dénier l'accès à la *judicial review* (*R. (on the application of Al-Haq) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2009] EWHC 1910).

1877. *ibid*., p. 620 (Rose LJ).

affaires sociales au motif que le traitement des demandes d'aides est trop long[1878]. Enfin, une association créée spécialement dans un but de défense des intérêts de ces membres s'est vu reconnaître la possibilité de faire un recours contre une décision affectant ses membres[1879]. Dans ce dernier cas, l'intérêt est plus facile à identifier puisque l'association est spécialement concernée, via ses membres.

*γ. Vers un recours sous forme d'*actio popularis *?*

L'action populaire existe-t-elle dans le cadre de la *judicial review* ? William Wade et Christopher Forsyth soutiennent qu'« […] une action citoyenne, ou *actio popularis*, est en principe possible dans les cas appropriés »[1880]. Il est évident que la condition d'intérêt suffisant est entendue très libéralement. De plus, son étude lors de l'audience, et non prioritairement lors de la permission, permet aux juges d'adopter une position pragmatique et fonctionnelle : plus l'affaire pose une question d'importance, et plus les arguments de légalité sont importants, moins l'intérêt suffisant sera difficilement admis. Dès lors, et tout comme le recours pour excès de pouvoir, dans certaines situations la *judicial review* est très proche de l'action populaire. Cependant, cette affirmation nous paraît critiquable. Si la condition d'intérêt suffisant est entendue très libéralement, elle permet encore d'exclure certaines demandes, même fondées sur l'intérêt public[1881]. Tel est le cas si le requérant agi pour un motif illégitime ou impropre à entrer dans le cadre de la *judicial review.* Celle-ci est donc refusée à l'individu qui n'agit pas dans l'intérêt du respect des obligations pesant sur les contrats publics, mais dans un but purement politique, clairement établi par son opposition constante au projet en cause[1882]. De même, lorsque le requérant n'est pas spécialement intéressé par l'issu du litige et qu'aucun intérêt public n'est en cause, il ne peut être considéré comme ayant un intérêt suffisant pour agir : tel est le cas de l'action menée par une personne contre une décision

1878. *R. v. Secretary of State for Social Services, ex p. Child Poverty Group Action* [1990] 2 QB 540, notamment pp. 546-547 (Woolf LJ).
1879. *R. (on the application Legal Remedy UK Ltd) v. Secretary of State for Health* [2007] EWHC 1252.
Voir : CANE (P.), « Standing Up for the Public », *op. cit.* ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., p. 86.
1880. WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e ed., *op. cit.*, p. 589.
Voir : FLOGAÏTIS (S.), *Administrative Law et Droit Administratif*, *op. cit.*, p. 174.
1881. *R. (on the application of Feakins) v. Secretary of State for the Environment, Food and Rurals Affairs* [2003] EWCA Civ. 1546, [22] – [23] (Dyson J.).
1882. *R. (on the application of Chandler) v. Secretary of State for Children, Schools and Families* [2009] EWCA Civ 1011[69] – [78] (Justice Arden).
Voir également : *R. v. Somerest County Council, ex p. Dixon* [1998] Env LR 111, p. 117 (Sedley J.) ; *R. (on the application of Feakins) v. Secretary of State for the Environment, Food and Rurals Affairs* [2003] EWCA Civ. 1546, [22] – [23] (Dyson J.).
Une telle situation reste toutefois assez rare : CANE (P.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, p. 253.

affectant son avocat[1883]. Enfin, certains domaines semblent soumis à des conditions plus strictes : c'est le cas des recours opérés contre les contrats publics[1884].

La *judicial review* ne sera donc pas octroyée sans aucune condition. Toute personne ne peut pas contester toute violation du droit ; il ne faut pas que le recours, quel que soit l'intérêt de la question posée, soit introduit seulement par une personne souhaitant entraver l'administration, par un « fouineur »[1885]. À cela s'ajoute la nécessité pour le requérant d'obtenir la permission de la cour, avant de pouvoir défendre son affaire en audience publique. Si l'intérêt suffisant ne joue pas un rôle de filtre, c'est aussi parce que la *judicial review* peut être refusée pour d'autres raisons[1886]. Il est nécessaire de prendre cette donnée en compte. À elle seule, elle interdit de voir la *judicial review* comme une action populaire. Elle relativise grandement aussi l'approche plus libérale de l'intérêt à agir constatée par rapport à la France.

Tant la notion de « compétence » que la condition d'intérêt suffisant peuvent être identifiées comme des éléments « objectifs » de la *judicial review*. Tous deux traduisent en fait une idée commune avec le recours pour excès de pouvoir : ce qui est au cœur du rôle des juges, c'est le respect de la légalité de l'action publique. À ces deux éléments peut s'en ajouter un troisième : le *remedy* de « déclaration » est utilisé d'une façon particulièrement souple par les juges, et peut être demandé par des requérants avant même que l'autorité publique n'ait agit[1887]. Saisis de la question de la légalité de cette action par de simples citoyens, les Lords ont pu affirmer qu'elle était pourtant nécessaire. Quelles qu'en soient les manifestations, c'est le droit dont il faut assurer le respecter. Plus la question posée est importante, notamment du fait de l'impact de l'acte sur un grand nombre d'individus ou de l'impossibilité qu'un autre requérant puisse justifier d'un intérêt particulier, moins la cour sera exigeante. De fait, si le lien entre requérant et acte contesté est distendu, il peut être

1883. *R. v. Legal Aid Board ex p. Bateman* [1992] 1 WLR 711, pp. 717-718 (Nolan J.) et p. 722 (Jowitt J.).
1884. BAILEY (S.H.), « Reflections on standing for judicial review in procurement cases », *op. cit*, pp. 130-131. L'auteur critique le traitement différencié que semblent vouloir installer certains juges dans ce domaine particulier.
1885. L'idée est expressément affirmée par Sedley J, s'appuyant sur le jugement de Schiemann J dans *R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Rose Theatre Trust* ([1990] 1 QB 504) : *R. v. Somerest County Council, ex p. Dixon* [1998] Env LR 111, p. 117 (Sedley J.)).
Voir également : *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex p. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* [1982] AC 617, pp. 642-643 (Lord Diplock), p. 646 (Lord Fraser), et p. 653 (Lord Scarman) ; *R. (on the application of Feakins) v. Secretary of State for the Environment, Food and Rurals Affairs* [2003] EWCA Civ. 1546, [22] – [23] (Dyson J.) ; *Walton v. Scottish Ministers* [2012] UKSC 44 [153] (Lord Hope).
1886. Peter Cane met clairement en avant ce point. Le but de la condition d'intérêt suffisant est de filtrer les demandes, afin d'écarter les plus extravagantes. Pour l'auteur : « si cette affirmation est correcte, cela n'aurait aucune importance que la condition d'intérêt suffisant soit abolie, à condition que d'autres mécanismes soient mis en place pour écarter les demandes non fondées ou absurdes. La nécessité de recueillir la permission pour faire une judicial review […] remplit cette fonction, et cela peut en grande partie expliquer pourquoi la question de l'intérêt suffisant n'est pas un problème en droit anglais » (*Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, p. 284).
Voir également : VARUHAS (J.NE.), « Judicial review : standing and remedies », *CLJ* 2013, pp. 243-247, notamment p. 245.
1887. Voir *infra* : Partie II, Titre II, Chapitre II, Section II, I, B, 2, c.

remplacé par l'intérêt public de l'affaire. L'inversion logique des questions, conduisant les juges à d'abord s'intéresser à la pertinence de celles-ci et des arguments soulevés pour en tirer les conclusions nécessaires sur l'intérêt du requérant révèle aussi de cette approche essentiellement tournée vers la légalité. Il apparaît alors difficile à un juge constatant une illégalité sur le fond, de refuser d'y remédier au regard de l'absence de condition d'intérêt suffisant. La différence entre un individu agissant dans l'intérêt public ou par simple esprit de chicane est largement dépendante de la légalité ou de l'illégalité de l'acte. La démarche casuistique et pragmatique des cours vise à corriger, le plus efficacement possible, les illégalités viciant l'action publique. Les notions sont utilisées, là encore, de manière fonctionnelle et non analytique. Les droits des individus ne sont pas concernés au premier plan. La libéralisation de l'intérêt suffisant pour agir traduit donc « la fonction constitutionnelle consistant à faire respecter la rule of law », exercée par la voie de la *judicial review*[1888]. Cette fonction « s'étend bien au-delà de la protection des droits individuels »[1889]. C'est la légalité qui est avant tout concernée[1890]. Cette importance constitutionnelle de la *judicial review* a conduit à de vifs débats lors que le Gouvernement a proposé une restriction drastique de la condition d'intérêt suffisant. Le but était de faire face à l'augmentation importante des recours introduits. De nombreux auteurs, groupes, mais aussi Lords se sont vigoureusement opposés au projet au nom du rôle éminemment important de la *judicial review.* La réforme du *Criminal Justice and Courts Act* de 2015 a été amendée et les dispositions concernant l'intérêt à agir ont disparu[1891].

1888. *Walton v. Scottish Ministers* [2012] UKSC 44, [90] (Lord Reed).
ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 577-578 : les auteurs soulignent que la *judicial review* est avant tout considérée comme permettant de promouvoir l'exercice responsable du pouvoir, plutôt que comme un outil de protection des droits. Dès lors, « vue de cette façon, le droit relatif à l'intérêt à agir donne un aperçu de l'importance de la judicial review dans la constitution britannique moderne – et de la nature de la constitution elle-même ».
HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *Law and Administration*, 3e éd., *op. cit.*, p. 694 : la question de l'intérêt à agir a « des connotations constitutionnelles, directement en rapport avec la nature et le but de la judicial review ».
1889. *Axa General Insurance Ltd v. The Lord Advocate* [2011] UKSC 46 [169] (Lord Reed).
1890. Dans un récent article, TT Arvind et Lindsay Stirton attribuent cette caractéristique de la *judicial review*, dans les dernières décennies, au Lord Diplock. L'objet du recours ne porte donc pas suffisamment, selon eux, sur l'intérêt privé de l'individu, dont la protection est lacunaire (« The curious origins of judicial review », *LQR* 2017, pp. 91-117, notamment pp. 109-110).
1891. ELLIOTT (M.), « Judicial review reform (again) », *op. cit.* ; MOFFATT (R.) et THOMAS (C.), « And then they came for judicial review : proposals for futher reform », *JIANL* 2014, pp. 237-253.
Néanmoins, la réforme a introduit de nouvelles barrières. Nous en avons déjà mentionné certaines. Il faut ici aussi préciser qu'elle a rendu plus difficile l'accès à l'aide juridictionnelle. Voir le rapport produit par le *Bingham Center for the Rule of Law*, le *Public Law Project* et *Justice* : *Judicial review and the Rule of Law : An Introduction to the Criminal Justice and Courts Act* 2015, Part 4, Octobre 2015, 63 pages ; SAMUELS (A.), « Judicial review : the new law : the Criminal Justice and Courts Act 2015 Chapter 2 », *JPL* 2015, pp. 754-758 ; MILLS (A.), « Reforms to judicial review in the Criminal Justice and Courts Act 2015 : promoting efficiency or weakening the rule of law ? », *PL* 2015, pp. 583-595.

Conclusion du Chapitre II

Le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* permettent aux juges de remplir une même fonction, mais par des moyens quels que peu différents. La difficulté qu'ont eue les juges anglais à étendre leur contrôle sur l'administration s'explique par la différence de nature entre les recours. La *judicial review* a une dimension judiciaire bien plus prononcée que le recours pour excès de pouvoir. En cela, les juges n'ont pas joui de la proximité organique dont a pu bénéficier historiquement le Conseil d'État pour connaître au mieux l'activité administrative et en assurer un contrôle approfondi. Les juges anglais, bien plus « juges » en un sens, ont dû franchir des obstacles justifiés notamment par la séparation des pouvoirs et la souveraineté du Parlement. Pour cela, ils ont dû procéder à une réinterprétation de ces données en jouant sur la substance de notion devenue surtout fonctionnelle comme celle de « compétence ». En cela, ils restent dans la droite lignée de leur fonction classique : assurer le respect de la volonté du Parlement sans empiéter sur le domaine réservé de l'administration.

Ces éléments reflètent bien la différence essentielle historique et de nature entre ces deux recours. En cela qualifier la *judicial review* de recours objectif est tout à la fois trompeur et erroné. Tout au plus peut-on dire qu'elle permet d'assurer le respect de la légalité objective. Il y a donc une similitude des fonctions, mais non des outils et des approches des juges. Certes certains éléments peuvent faire penser aux caractéristiques objectives attribuées au recours pour excès de pouvoir. La dimension très libérale de l'intérêt à agir va en ce sens. Mais, ce serait oublier le contexte global de la procédure de *judicial review*, qui permet de faire jouer un filtre par d'autres moyens, justifiant cette approche souple. La vision globale du recours permet d'éviter les conclusions hâtives et de le replacer dans son contexte.

Conclusion du titre II

Le juge de l'excès de pouvoir et le juge ayant à connaître d'une *judicial review* ont un rôle très similaire. Tous deux assurent le respect de la légalité, leur permettant de légitimer le contrôle exercé. Les recours sont en grande partie façonnés à cette fin, par les juges eux-mêmes. La légalité, comme principe supérieur, ne doit pas être entravée par des conditions trop strictes d'accès aux juges, notamment en ce qui concerne l'intérêt des requérants. Le rôle des juges est alors clair : ils veillent à ce que l'administration reste dans les bornes fixées par la loi. En revanche, ils ne sont pas concernés, au premier chef, par la protection des individus et de leurs droits. Leur rôle est orienté vers l'administration, et sa soumission à la loi. À l'intérieur des limites de la légalité règne le pouvoir discrétionnaire de l'administration, domaine interdit pour les juges. Ce n'est donc pas sans raison que, tant dans l'hexagone qu'outre-Manche, la célèbre maxime d'Henrion de Pansey trouve un écho particulier. Le rôle des juges est ainsi limité. Deux expressions révèlent avec particulièrement de force cet élément : le recours pour excès de pouvoir est un recours de « moindre juridiction » ; la *judicial review* confère un rôle de « supervision » aux juges. Cela dénote la réticence avec laquelle les juges doivent intervenir dans les affaires de l'administration.

Le point d'équilibre que se doivent de rechercher les juges se reflète dans ces deux conséquences du principe de légalité. Il ne s'agit pas uniquement de contraindre l'administration. Certes, il s'agit de leur rôle premier, en tant que garant « serviteurs de la loi ». Mais, et pour la même raison, ils doivent respecter les pouvoirs de l'administration, conférés par cette même norme. Dès lors, il serait erroné de réduire le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* à la simple soumission de l'administration à la loi ; il faut aussi dire qu'ils ne peuvent permettre aux juges d'entrer dans les domaines de compétence réservés à l'autorité décisionnaire.

Au-delà, c'est en véritable répartiteur des compétences qu'ils s'établissent. Ils définissent tant les possibilités d'action de l'administration ouvertes par la loi, que leurs propres pouvoirs. En effet, les juges français et anglais sont, en grande partie, en charge de la détermination de leur propre compétence. Ce qu'ils ne contrôlent pas est ce qui revient alors à l'administration. Nous avons déjà vu à quel point la frontière entre légalité et opportunité/*merits* est flexible. Grâce à cela, les juges ont pu étendre leur regard sur l'action administrative. En développant de nouvelles méthodes de contrôles, ils ont fait évoluer leur rôle. De plus, s'ils sont juges de la légalité, cette notion a considérablement muté, sous l'influence croissante des normes supra-législatives. Le respect de la seule volonté du Parlement ne constitue plus l'unique mission des juges dans le contrôle de

l'administration.

Conclusion de la Partie I

La première dimension qui apparaît dans le rôle du juge de l'excès de pouvoir et du juge ayant à connaître d'une *judicial review* est celle d'un élément actif. Les juges ne se contentent pas de recevoir une fonction ; ils savent également en créer les contours. Il en ressort une double caractéristique. D'une part, ils jouent un rôle central dans la détermination de leur compétence, mais également dans la construction de leurs outils de contrôle. Dans cette optique, ils se révèlent être avant tout concernés par la recherche de moyens souples et adaptables de contrôle, loin de l'élaboration de grandes théories ou de critères de détermination fonctionnant de façon automatique. Le conceptualisme cède ici le pas à une forme de pragmatisme, que la méthode du faisceau d'indices met particulièrement bien en lumière. D'autre part, ce rôle central s'accorde avec les données structurantes de l'ordre juridique. Pour ce faire, les juges se voient reconnaître comme fonction principale de contrôler le respect de la légalité, et ainsi se font les agents du droit produit par les sources constitutionnelles suprêmes de chaque ordre juridique. Mais là encore, il a pu être relevé qu'ainsi exprimée, la mission des juges est soumise à certaines fluctuations, et peut évoluer sous les mouvements de la jurisprudence. Les juges se révèlent alors être également des acteurs fondamentaux dans la recherche de leur propre légitimité.

Ce double constat vaut également lorsque l'on s'intéresse plus précisément au rôle des juges comme acteur du contrôle de l'activité administrative. Là encore, ils ont une fonction centrale. Les modifications récentes ayant profondément affecté les systèmes juridiques anglais et français par un enrichissement normatif important ne font que renforcer cette conclusion. De plus en plus tournés vers la protection des individus, ils n'en oublient pas ce qui constitue la philosophie même du droit administratif et qui irrigue leur contrôle : la recherche constante, pragmatique et contextualiste d'un équilibre entre les nécessités propres de l'activité administrative et la protection des individus.

Partie II. Le rôle des juges dans l'extension d'un contrôle basé sur la mise en balance des éléments

Les juges français et anglais ont un rôle important de création des outils de contrôle de l'activité administrative. Mais, dans leur utilisation, la dimension active de leur rôle est également au premier plan. Ces deux idées sont d'ailleurs largement liées. En étant les principaux architectes des outils nécessaires au contrôle de l'activité administrative, les juges sont, quant à leur utilisation, en terrain connu. Ils disposent d'une maîtrise particulièrement forte. En cela, l'étude du contrôle même de l'activité administrative constitue un reflet particulièrement fidèle de la logique avec laquelle les juges entendent la soumettre au respect de la légalité. Bien plus, elle permet de prendre connaissance et de comprendre la place qu'occupent les juges au sein des institutions de chaque ordre juridique. L'extension du champ des actes contrôlés, du nombre de normes invocables ou encore l'accentuation de l'intensité du contrôle ne doivent pas être des phénomènes constatés. Ces éléments sont la traduction du rôle reconnu aux juges. Plus le contrôle se fait étendu et profond, plus ce rôle est central, et illustre le caractère fondamental des recours ; à l'inverse, un contrôle plus limité leur fait jouer un rôle moins important.

Mais, ce premier constat, s'il est pertinent, doit être enrichi d'une seconde lecture. La façon dont le contrôle est assuré dépend en grande partie des juges eux-mêmes. En cela, ces évolutions sont largement dépendantes de leur volonté, et donc du rôle qu'ils s'assignent à eux-mêmes. Dès lors, le rôle actif des juges sera ici traduit non pas dans le contrôle en lui-même, mais dans la définition de sa rigueur et de son étendue. Il y a donc bien deux niveaux de lecture à mettre au jour : les juges ont un rôle central dans la définition même de leur contrôle, prolongeant ici leur rôle de créateur ; ensuite, selon la définition donnée, leur rôle sera plus ou moins important. En somme, la façon dont est contrôlée l'activité administrative est largement la conséquence de la vision qu'ont les juges de leur propre rôle.

Sur ce point, la comparaison des contrôlés opérés par les juges à travers le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* fait ressortir une trame générale commune. Il ne faut pas en conclure à la similarité du contrôlé opéré, mais à l'existence d'une analogie profonde dans le rôle joué par les juges des deux côtés de la Manche. Cette convergence peut se traduire, à un niveau plus concret par des méthodes différentes, sans dévoyer l'existence d'une philosophie commune : les juges acceptent de jouer un rôle de plus en plus important en accroissant leur contrôle. Pour mettre

en lumière cette idée, il faut revenir à ce qui vient d'être dit : il y a une double dimension, amont et aval, dans la définition du contrôle de l'activité administrative. En premier lieu, en amont, les juges français et anglais acceptent de plus en plus de soumettre l'administration à un nombre important de normes, et ce, de plus en plus précisément. Ils donnent ainsi une définition large de leur fonction de gardien de la légalité, et n'hésitent pas, pour ce faire, à étendre le champ des actes soumis aux recours (Titre I.). En second lieu, et donc en aval, la façon dont les juges vont faire respecter la légalité traduit l'expression d'une extension continue de leur contrôle. Cela pose nécessairement la question du rôle qu'ils tiennent au sein des recours : ne font-ils que faire respecter le droit ? Sont-ils plutôt les garants d'un ordre supérieur mettant en son cœur les individus ? L'étude du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* ne permet pas d'apporter une vision univoque de la mission des juges. Bien au contraire, les juges ne souhaitent pas être enfermés dans une fonction unidimensionnelle. Ils acceptent de jouer le rôle de point d'équilibre entre le respect du droit, la protection des individus, mais également les intérêts portés par l'action administrative : cela est permis par la mise en balance casuistique des éléments présents (Titre II.).

Titre I. Le rôle des juges dans l'extension de la soumission de l'administration à un principe de légalité entendue *lato sensu*

Si pendant longtemps, le juge de l'excès de pouvoir et le juge de *judicial review* ont pu être décrits comme les serviteurs de la volonté du Parlement, les évolutions ayant touché les ordres juridiques nationaux ont conduit à une modification des données juridiques. Nécessairement, ces évolutions ont eu un impact important sur le contrôle de l'activité administrative. Il serait toutefois trompeur de considérer uniquement qu'ils les ont subis. En effet, que ce soit dans le cadre du recours pour excès de pouvoir ou de la *judicial review*, les juridictions internes ont fait montre d'un certain activisme ayant conduit à des changements importants dans leur système juridique respectif. Il est nécessaire d'insister sur ce point fondamental. Le rôle des juges, nous le verrons, est loin d'être celui d'un acteur passif, ne faisant qu'appliquer telle règle ou telle norme. Que ce soit en France ou en Angleterre, une tendance importante est décelable : celle d'un certain volontarisme, conduisant à soumettre l'administration à plus de droit, et à l'y soumettre mieux.

Plus de droit, cela signifie un plus grand nombre de normes applicables à l'action administrative. La loi ne constitue plus la règle suprême ou unique. Concurrencé par d'autres sources, le Parlement se voit de plus en plus encadré, entraînant une redéfinition des normes de référence pour l'administration. Cela conduit le juge national à opérer un certain contrôle sur la loi. Que ce soit dans le cadre du recours pour excès de pouvoir ou de la *judicial review*, le texte législatif se trouve en plus en plus travaillé par les juges. Ils ne le font plus uniquement respecter ; ils l'interprètent et en contrôlent la compatibilité avec d'autres normes. L'activisme du juge constitue dorénavant une donnée à part entière dans les systèmes juridiques français et anglais, permettant une redéfinition de leur rôle (Chapitre I.).

À ce mouvement quantitatif s'ajoute une évolution qualitative : les juges essaient de mieux soumettre l'administration au droit. Là encore, le droit écrit n'est pas absent des changements opérés. Toutefois, ils sont principalement l'œuvre des juges. L'étude de la jurisprudence démontre une volonté toujours plus forte des juges d'entrer plus largement et profondément dans l'activité administrative. Il s'agit là d'un double mouvement aux conséquences importantes. En étendant le champ des recours, et en développant le nombre de vices sanctionnés, les juges s'éloignent progressivement de leur rôle traditionnel (Chapitre II.).

Chapitre I. L'enrichissement normatif de l'ordre juridique : la remise en cause de la centralité de la loi

La première extension, commune aux juges français et anglais, s'est réalisée dans la diversification des normes invocables. Comme le note Louis Dubouis : « Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale le droit international constituait une source de droit très secondaire […] Son développement prodigieux a posé des problèmes d'autant plus complexes qu'à la multiplication des conventions internationales s'est ajouté l'essor du droit européen »[1892]. Or, « à partir du moment où font irruption des règles internationales, européennes ou constitutionnelles, la perspective est bouleversée »[1893]. C'est un triple mouvement qui affecte donc les ordres juridiques. À l'expansion du droit international (Section II.) s'est ajouté le perfectionnement des constructions politiques et juridiques, auxquelles participent la France et l'Angleterre : l'Union européenne (Section III.) et la Convention européenne des droits de l'Homme (Section IV.). Ces trois mouvements ne pouvaient laisser intact le rôle dévolu aux juges dans leur ordre respectif.

Mais un quatrième s'y ajoute : le développement des normes constitutionnelles. S'il est facilement identifiable et connu en France, de par l'écriture d'une Constitution en 1946 puis en 1958, ce phénomène existe également en droit anglais. Plus récent, et porteur de conséquences très différentes par rapport à ce que connaît le juge de l'excès de pouvoir, il n'en constitue pas moins un élément important d'étude du droit anglais. Il traduit, là aussi, une forme de limitation de la souveraineté du Parlement, attribuable au juge lui-même (Section I.).

L'enrichissement des ordres juridiques internes n'est pas seulement pertinent en ce qu'il affecte nécessairement le contrôle de l'administration. Bien plus, il traduit un renouvellement du rôle des juges. Or, que ce soit le juge de l'excès de pouvoir, ou le juge anglais, ayant à connaître d'une *judicial review*, ils participent eux-mêmes de ce renouvellement. Ils profitent tout autant qu'ils sont le moteur de l'évolution de leur rôle au sein de leur ordre juridique.

Trois outils sont principalement utilisés des deux côtés de la Manche : le développement de

1892. DUBOUIS (L.), « Bref retour sur la longue marge du Conseil d'État en terres internationales et européennes », pp. 391-402, pp. 391-392 in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz Paris, 2009.
1893. FROMONT (M.), « L'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne », pp. 1117-1133, p. 1132 in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, Paris, 2004.
Voir également : JACOBS (F.), « European law and the English Judge », pp. 419-437 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law, A Liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, OUP, Oxford, 2009.

normes, le contrôle de la loi et l'interprétation. Toutefois, chaque outil est utilisé dans des proportions différentes. Ainsi, le juge de l'excès de pouvoir use plus volontiers du contrôle de la loi et de l'interprétation. Le juge anglais privilégie, quant à lui, le développement de la *common law* et l'interprétation.

L'importance d'un contrôle « direct » de la loi en droit français se justifie par l'existence d'une base juridique forte, attribuant ce rôle au juge administratif : la Constitution de 1958. À l'inverse, le juge anglais, toujours aux prises avec un système avant tout marqué par la souveraineté du Parlement, privilégie la construction de la *common law*, domaine familier et légitime d'intervention pour lui. Toutefois, les constructions européennes le conduisent de plus en plus, mais de façon différente, à poser son regard sur la conformité de la loi avec une norme supérieure.

En revanche, et comme nous le verrons, le pouvoir d'interprétation est, tant pour le juge français que le juge anglais, un outil incontournable. Il a une double qualité : il est d'un usage souple, aisé et permet une forme de continuité au sein du système juridique. Poussée parfois à l'extrême, l'interprétation se fait création, et déforme le texte d'origine. On peut alors affirmer, avec Charles Eisenmann, que la règle de droit est « le fruit de la coopération du législateur et du juge »[1894]. D'ailleurs, pour ce dernier, le mot « interprétation » ne devrait pas s'appliquer dans ce cas.

1894. EISENMANN (C.), « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », pp. 413-436, pp. 428-436 in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Charles Leben, éd., Panthéon-Assas, Paris, 2002. Selon l'auteur, il existe deux règles dans le système français quant aux rapports entre juridiction et loi : d'une part, « lorsque le juge trouve dans la législation une règle de sens clair, parfaitement déterminée et déterminante, qui porte sur la situation et sur le problème de droit sur lesquels il est appelé à statuer, il doit purement et simplement appliquer cette règle législative ; sa décision ne doit en constituer que l'application », et d'autre part, la seconde qui se fonde sur l'article 4 du Code civil et qui se prévoit que « si les conditions énoncées dans la première règle ne sont pas réalisées – c'est-à-dire s'il y a « silence, obscurité ou insuffisance de la loi » – le juge doit déterminer lui-même, librement, par un libre choix, - soit totalement, soit pro parte – la règle de droit d'où il tirera sa décision sur le problème de droit, le procès, donc la situation. Il doit alors, ou suppléer la loi entièrement, ou compléter la règle législative » (p. 428). Voir aussi p. 432.
L'existence d'un pouvoir normatif au profit du juge fait beaucoup plus débat en France qu'en Angleterre. Voir en particulier : DUPEYROUX (O.), « La Jurisprudence, source abusive de droit », pp. 349-377 in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz & Sirey, Paris, 1960 ; « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », pp. 463-475 in *Mélanges dédiés à Gabriel Mart*y, éd. Université des sciences sociales, Toulouse, 1978 ; ROCHE (J.), « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence (à propos de la soumission au droit des règlements autonomes) », *AJDA* 1962, pp. 532-540 ; LINOTTE (D.), « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA* 1980, pp. 632-639 ; RIALS (S.), « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA* 1981, pp. 115-118 ; le numéro de la revue *Droits*, consacré à « la fonction de juger » (*Droits*, 1989, n°9) ; *Théorie des contraintes juridiques*, sous la dir. de M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorczyk, LGDJ, Paris, 2005, 203 pages ; CANIVET (G.), « Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale », pp. 7-32 in *La création du droit par le juge*, Archives de Philosophie du droit, Dalloz, Paris, 2007.
Il est toutefois largement admis aujourd'hui, malgré les divergences apparentes notamment quant à son importance : WALINE (M.), « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », pp. 613-631 in *La technique et les principes du droit public, Études en l'honneur de G. Scelle*, LGDJ, Paris, 1950 ; LATOURNERIE (R.), « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », pp. 177-275, notamment pp. 227-239 et pp. 252-256 in *Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent-cinquantième anniversaire*, Recueil Sirey, Paris, 1952 ; OST (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », pp. 241-272 in *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, sous la dir. de P. Bouretz, éd. Esprits, Paris, 1991, 272 pages ; TIMSIT (G.), *Les figures du jugement*, PUF, Paris, 1993, 204 pages, notamment pp. 91-193 ; *Gouverner ou juger : blasons de la légalité*, PUF, Paris, 1995, 126 pages ; « Guy Braibant, un juge qui gouverne ? », pp. 685-713 in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz,

L'auteur défend une définition stricte de ce terme. Il ne s'appliquerait que dans les cas, rares d'ailleurs selon lui, dans lesquels le juge donne au texte le sens voulu par le législateur. Pour le reste, le juge doit être vu comme co-auteur de la règle de droit, c'est-à-dire qu'il lui donne un des nombreux sens possibles[1895]. Cette idée reflète parfaitement, selon nous, l'état des systèmes juridiques français et anglais. Le juge se place toujours par rapport à un texte. Qu'il l'applique strictement, l'interprète, l'étende, le restreigne, voire qu'il prenne une décision *contra legem*, le juge a toujours un référentiel textuel autour duquel gravite sa décision. Il paraît alors quelque peu excessif de dire, avec Bernard Pacteau, qu' « interpréter, c'est gouverner »[1896]. En cela, comme le démontre Gérard Timsit, la décision du juge est toujours pré-déterminée par un texte ; le juge joue alors un rôle de co-détermination de la règle, même lorsqu'il en donne un sens non désiré par le législateur[1897]. Une conclusion similaire peut être faite en droit anglais. L'importance de la loi, toujours d'actualité, rend nécessaire les références constantes au texte. Les évolutions du contrôle juridictionnel se font dans ce cadre. À cette fin, l'interprétation constitue un outil utile et efficace. Tout en conservant un rattachement à la volonté du Parlement, les juges peuvent faire évoluer, parfois drastiquement, le droit[1898]. L'absence d'un contrôle direct de la loi est en grande partie palliée par ce moyen. La *common law*, développée par les juges, constitue un outil souple d'adaptation aux exigences nouvelles pouvant apparaître[1899]. C'est par son biais que les cours vont améliorer le

---

Paris, 1996 ; MICHAUT (F.), « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », pp. 265-280 in *Théorie du droit et science*, sous la dir. de P. Amselek, PUF, Paris, 1994 ; TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, 1994, 358 pages, notamment pp. 95-105 ; *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, Paris, 2001, 334 pages, voir pp. 69-84 ; *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris, 2011, 294 pages, notamment pp. 11-18, pp. 155-168 et pp. 185-198 ; LE COSTUMER (J.-C.), « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », *Revue Droits* 2002, n°36, pp. 161-181, notamment pp. 162-164 ; GENEVOIS (B.), « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002, pp. 877-886 ; BETAILLE (J.), *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse, soutenue en 2012, 737 pages, pp. 583-602 ; SAISON (J.), « Le juge administratif et l'adage *lex specialis derogat generalis*. Réflexions sur la liberté de l'interprète », *RFDA* 2016, pp. 556-564.

1895. *idem*.

1896. PACTEAU (B.), « Le juge administratif français et l'interprétation européenne », pp. 251-287, p. 254 in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. F. Sudre, Bruylant, Bruxelles, 1998. (c'est l'auteur qui souligne).

1897. TIMSIT (G.), *Les figures du jugement*, PUF, Paris, 1993, 204 pages, notamment pp. 91-193.

1898. Voir notamment : ALLAN (T.R.S.), « The Limits of Parliamentary Sovereignty », *PL* 1985, pp. 614-636. L'auteur y relève toutes les potentialités de l'interprétation. Par son biais, les juges peuvent, selon lui, aller jusqu'à la restriction, voire la non-application de la loi.

Voir également : BEAUTE (J.), *Un grand juriste anglais : Sir Edward Coke (1552-1634) ses idées politiques et constitutionnelles*, PUF, Paris, 1975, 232 pages, notamment pp. 98-127 ; Lord Lester, « English judges as law makers », *PL* 1993, pp. 269-290 ; SIMPSON (B.), « The Reflections of a Crastman », pp. 193-205 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law, A Liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Farigrieve, OUP, Oxford, 2009.

1899. L'enrichissement de la *common law* par les juges constitue, en théorie, un simple pouvoir de constatation ou de développement de principes existants. Le pouvoir normatif des juges anglais, à ce titre, n'est pas censé exister. Toutefois, il est largement admis que cela relève d'une fiction qui est aujourd'hui dépassée. Elle a en effet émergé au XVIIe siècle, lors de la lutte entre le pouvoir royal et certains juges, dont Edward Coke, et s'est développée au profit du premier. Dorénavant, et comme l'a affirmé avec force un Lord, « nous ne croyons plus aux contes de fée » (Lord Reid, « The Judge as Law Maker », *Society of Public Teachers of Law* 1972, pp. 22-29 (l'expression est page 22)).

Voir également : Lord Lester, *ibid*.

contrôle de l'administration, en réaction au développement de ses pouvoirs.

Ainsi, si antérieurement, et sous l'influence de la souveraineté du Parlement, leur mission pouvait se réduire au simple contrôle du respect de la loi, tel n'est plus le cas dorénavant : le recours pour excès de pouvoir permet de faire respecter la Constitution ou encore les conventions internationales ; la *judicial review* voit les discours judiciaires des juges s'enrichir de nombreuses références aux normes internationales, mais également à des normes internes ayant acquis un statut particulier. Aujourd'hui, il n'est plus possible de décrire le rôle des juges comme étant tourné uniquement dans le sens de l'application de la loi, découlant du respect de la souveraineté du Parlement. Les juges sont bien plus actifs que cela.

Section I. Le développement de normes constitutionnelles : entre simple application et construction par les juges

Le premier phénomène qu'il est possible d'identifier est celui de l'importance croissante des normes qualifiées de constitutionnelles dans la jurisprudence française et anglaise. Il peut paraître peu évident de mettre sur un même pied les deux situations, dès lors que d'une part l'Angleterre ne dispose pas d'une Constitution écrite et que, d'autre part, son ordre juridique n'est pas structuré autour d'une véritable hiérarchie des normes. Toutefois, ces deux éléments classiques de distinction entre droit français et droit anglais tendent à perdre en importance.

En effet, les cours anglaises entreprennent, depuis le début des années 2000, de faire émerger une catégorie particulière de normes : les lois « constitutionnelles ». En cela, une certaine proximité se dégage avec la jurisprudence du Conseil d'État, dont les références aux normes constitutionnelles sont anciennes et nombreuses, du fait de l'existence d'un texte constitutionnel (I.). De plus, cette « constitutionnalisation » des normes utilisées pose la question de l'émergence d'une hiérarchie similaire à celle existant en France. Toutefois, si les juges français laissent encore une place centrale, quoique diminuée à la loi, ce constat est encore plus pertinent dans la jurisprudence anglaise, rendant impossible la stricte assimilation des deux situations (II.).

I. L'enrichissement des normes de référence utilisées par les juges grâce au développement de normes constitutionnelles

Il ne suffit pas ici de constater, quantitativement, l'importance prise par les normes constitutionnelles dans le contrôle des juges. Bien plus, ce qu'il est intéressant de mettre en évidence c'est que les juges sont, pour une part importante, des moteurs de ce développement.

Ainsi, malgré l'omniprésence de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil d'État, le texte de 1958 n'est pas l'unique source des normes constitutionnelles. D'autres éléments sont tout aussi pertinents. Le juge administratif joue ici un double rôle fondamental : il peut à la fois faciliter la réception des normes existantes, mais également en développer certaines. La jurisprudence administrative permet une meilleure pénétration du texte constitutionnel, devenant une norme de référence fondamentale dans le contrôle de l'administration (A.).

Sur ce point, le rôle du juge anglais apparaît en décalage. Il ne crée pas, à proprement parler, de normes constitutionnelles. D'ailleurs, il serait vain de chercher de tels éléments en jurisprudence.

Cependant, depuis le début des années 2000, certaines décisions mettent en évidence que des lois, considérées comme fondamentales, peuvent être qualifiées de « constitutionnelles ». Créant, et faisant émerger un nouveau statut, les juges développent une catégorie à part de loi, permettant non pas de contrôler le Parlement, mais de limiter ses capacités d'action (B.).

A. La réception et le développement des normes constitutionnelles par le Conseil d'État

Le juge administratif se fait, depuis longtemps, garant du respect de la Constitution par l'administration. Outre qu'il en reconnaît la suprématie dans l'ordre juridique interne[1900], le Conseil d'État veille à ce que certains de ses articles ne soient pas violés par l'exécutif : est ainsi sanctionné l'empiétement du pouvoir réglementaire sur le domaine législatif protégé par l'article 34[1901] : ou encore le refus du Premier ministre de prendre les décrets d'application d'une loi en vertu de l'article 21[1902] : de même est contrôlé le refus du Premier ministre d'utiliser la procédure de déclassement prévue par l'article 37 alinéa 2[1903].

Ce constat ne suffit pas à rendre compte du contrôle de constitutionnalité opéré par le juge administratif. En effet, le terme « Constitution » renvoie, de façon trop restrictive, au texte constitutionnel même. Plus largement, le juge de l'excès de pouvoir applique les normes constitutionnelles en vigueur, ou dit autrement, le « bloc de constitutionnalité »[1904]. C'est sous la IVe République que se développe la reconnaissance de l'invocabilité des normes constitutionnelles à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir. Dès 1950, le juge a imposé à l'administration de respecter le préambule de la Constitution de 1946, en reconnaissant le droit de grève aux fonctionnaires, prévu à l'alinéa 7 de ce texte[1905]. Quelques années plus tard, c'est un autre texte, d'une dimension historique et philosophie importante, dont le juge sanctionnera le respect par l'administration : la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789[1906].

Ces jurisprudences ont perduré sous la Ve République, grâce au préambule de la Constitution

1900. CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, rec. 369 ; GAJA 21e éd., n°95.
1901. CE, Ass., 3 février 1967, *Confédération générale vignerons du midi*, rec. 55.
1902. CE, Sect., 10 mars 1967, *Société Les Ardoisières d'Angers*, rec. 116.
1903. CE, Sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, rec. 379.
1904. Voir sur l'émergence du bloc de constitutionnalité, et ses possibles analogies avec le principe de légalité : FAVOREU
(L.), « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », pp. 33-48 in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit*.
1905. CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, rec. 426 ; GAJA 21e éd., n°58. Voir : CHAPUS (R.), « L'administration et son juge. Ce qui change », *EDCE* 1991, pp. 259-276, notamment pp. 271-274.
1906. CE, 7 juin 1957, *Condamine*, non publié ; *RDP* 1958, pp. 98-101, note M. Waline.

du 4 octobre 1958[1907]. La valeur constitutionnelle des textes y étant mentionnés a été reconnue[1908]. La réforme du 1er mars 2005 l'a ensuite enrichi, en faisant référence à la Charte de l'environnement[1909]. Le Conseil d'État, comme pour les deux autres textes, en prend acte et la rend opposable à l'action administrative dès 2008. Dans l'arrêt *Commune d'Annecy*, le juge décide que les dispositions de la Charte « comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs »[1910].

Le préambule de 1946 a toutefois eu un rôle qui dépasse largement le cadre des droits qu'il énumère. En effet, prenant acte de ce que le peuple français « réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », le Conseil d'État va faire émerger la catégorie des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Seront érigés au rang constitutionnel, par le juge administratif, sur ce fondement, la liberté d'association[1911] ou, plus récemment, le refus d'extradition pour motif politique dans l'affaire *Koné*[1912]. Mais, si le Conseil a fait naître cette catégorie, en se fondant sur le préambule de 1946, c'est dorénavant le Conseil constitutionnel qui en est le principal promoteur. C'est d'ailleurs par le biais de cette catégorie qu'il a reconnu, en 1971, que le contrôle de constitutionnalité des lois ne devait pas se limiter au texte de la Constitution, mais au regard de l'ensemble des textes et principes y faisant référence[1913]. De là naîtra l'expression de « bloc de constitutionnalité », utilisée en premier lieu pour englober les normes constitutionnelles s'imposant au législateur. La mise en place d'un d'organe spécifique, en 1958, veillant au respect de la Constitution, va largement diminuer la compétence du juge administratif pour qualifier un principe de principe fondamental. Elle n'est toutefois pas complètement exclue, comme le montre la décision *Koné* de 1996. Toutefois, le Conseil constitutionnel en est aujourd'hui

1907. « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ».
1908. CE, Sect., 12 février 1960, *Société Eky*, rec. 101.
1909. Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.
1910. CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, rec. 322 ; GAJA 21e éd., n°108.
1911. CE, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, rec. 317.
1912. CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, rec. 255 ; GAJA 21e éd., n°92.
1913. CC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, rec. 29. Cette décision fait, elle aussi, de la liberté d'association un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

le principal artisan[1914]. Plusieurs principes ont reçu cette qualification : la liberté d'enseignement[1915], l'indépendance de la juridiction administrative[1916], la liberté individuelle[1917] ou encore la liberté de conscience[1918]. Si le juge administratif n'est pas lié par les qualifications ainsi opérées par le Conseil constitutionnel, force est de constater que les dissonances sur cette question entre les deux juges se font rares[1919]. Pour finir, il est utile de constater que le Conseil constitutionnel reconnaît parfois certains principes comme ayant valeur constitutionnelle. Ceux-ci n'ont pas de base juridique, à l'instar du préambule de 1946 pour les principes fondamentaux. Il s'agit par exemple du principe de continuité des services publics[1920] ou encore le principe d'égalité[1921]. Cette catégorie tend toutefois à diminuer, le Conseil constitutionnel s'efforçant, de plus en plus, de trouver une base juridique textuelle à ces principes[1922].

Cependant, l'invocabilité de ces dispositions constitutionnelles connaît des limites. Une distinction est opérée par le Conseil d'État, dans le domaine de contrôle du juge administratif[1923]. D'un côté se trouvent les normes suffisamment précises pour être directement utilisées à l'appui d'un recours ; on dit alors qu'elles ont un effet direct. De l'autre sont rangées les dispositions devant faire l'objet d'une mise en œuvre par le législateur ou, plus rarement, par le pouvoir réglementaire. Dans

1914. Il a également la tâche de qualifier ces principes. Dans sa décision du 20 juillet 1988, le juge constitutionnel s'efforce de définir les critères permettant d'ériger un principe en principe fondamental : il faut que celui-ci soit essentiel, qu'il ait été posé par le législateur républicain, qu'il concerne les droits et libertés, et enfin qu'il ait reçu une application constante (CC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, rec. 119).
Voir : GENEVOIS (B.), « Principes généraux du droit » in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, Paris, point 56 ; « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA* 1998, pp. 477-494.
1915. CC, 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement,* rec. 42.
1916. CC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs,* rec. 46.
1917. CC, 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, rec. p. 33.
1918. CC, 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*, rec. 42.
1919. JEANNEAU (B.), « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE* 1981-1982, pp. 33-47, p. 47.
1920. CC, 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, rec. 33.
1921. CC, 22 février 2007, *Loi relative aux règles d'urbanisme applicables dans le périmètre de l'opération d'intérêt national de La Défense et portant création d'un établissement public de gestion du quartier d'affaires de La Défense*, rec. 76.
1922. Il en va ainsi de la liberté d'aller et venir. Qualifiée de principe de valeur constitutionnelle dans un premier temps (CC, 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, rec. 31), le juge constitutionnel la rattache maintenant à la liberté individuelle (CC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, rec. 48).
1923. Certaines de ces dispositions concernent par exemple la souveraineté (article 3 de la DDHC) ou encore les relations internationales de la France (alinéas 14 et 15 du préambule de la Constitution de 1946), et n'ont, ainsi, pas de rapport avec le contrôle du Conseil d'État.

la première catégorie, on retrouve, par exemple, les articles 2[1924], 4[1925], 6[1926], et 17[1927] de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen ; les alinéas 3[1928], 6[1929] et 7[1930] du préambule de 1946 ; et enfin l'article 5 de la Charte de l'environnement[1931]. Concernant les dispositions appartenant à la seconde catégorie, il est possible de citer les alinéas 10[1932] et 12[1933] du préambule de 1946 ; ou encore les articles 1, 2, 6[1934] et 7[1935], avec toutefois quelques nuances[1936]. Cette distinction entre les normes est importante. Directement invocable, elle peut fonder un recours et servir à l'annulation d'un acte. Lorsque tel n'est pas le cas, la norme est dépendante du bon vouloir des autorités compétentes pour la mettre en œuvre. Deux éléments ressortent de cela. D'une part, une norme n'ayant pas d'effet direct peut rester lettre morte. D'autre part, elle a pour but d'influer sur les politiques publiques, au sens large. Elle s'adresse avant tout au législateur et au pouvoir réglementaire. À l'inverse, une norme d'effet direct a pour destinataire premier les individus. Elle pourra servir de moyen afin de prouver l'illégalité d'un acte administratif, et ainsi défendre le requérant contre l'action administrative. Cette dernière devra alors s'y adapter. L'influence sur les autorités publiques est réelle. Néanmoins, elle passe par une décision de justice. On peut alors dire que l'effet direct impose la norme à l'administration ; alors qu'en l'absence d'une telle invocabilité directe, les autorités publiques disposent de ces normes.

La jurisprudence administrative est un catalyseur pour le développement des normes constitutionnelles invocables dans le contrôle de l'administration. Cependant, le juge anglais fait émerger des « lois constitutionnelles » qui ont vocation à limiter, en premier lieu, le Parlement.

1924. CE, 2 juillet 2008, *Devulder*, rec. 259 : droit au respect de la vie privée.
1925. CE, 23 avril 2007, *Collectif des accidentés du travail, handicapés et retraités, pour l'égalité des chances,* n° 283311 ; *AJDA* 2007, p. 2055 : liberté d'aller et venir.
1926. CE, Ass., 16 décembre 1988, *Bleton*, rec. 451 : principe d'égalité d'accès aux fonctions publiques.
1927. CE, 23 mai 2008, *Linder*, rec. 184 : droit de propriété.
1928. CE, 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, rec. 152 : parité hommes/femmes.
1929. CE, Ass., 16 décembre 2005, *Syndicat national des huissiers de justice*, rec. 570 : droit syndical.
1930. CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, rec. 426 ; GAJA 21e éd., n°58 : droit de grève.
1931. CE, 19 juillet 2010, *Association du quartier des Hauts de Choiseul*, rec. 333.
1932. CE, 27 septembre 1985, *France Terre d'Asile*, rec. 263 : droit d'asile.
1933. CE 10 décembre 1962, *Société indochinoise de constructions électriques et mécaniques*, rec. 676 ; CE, 14 janvier 2004, *ANIFOM c. Taheraly*, rec. 8. Ces arrêts concernent le principe de solidarité nationale.
1934. CE, 16 juin 2006, *Association « Eau et Rivières de Bretagne »*, rec. t. 703 ; *Bulletin du droit de l'environnement industriel* 2006, n°5, pp. 41-45, concl. Guyomar.
1935. CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, rec. 322.
1936. En effet, dans l'arrêt *Eau et Rivières de Bretagne*, le Conseil d'État ne semble pas dire expressément que les articles 1, 2 et 6 doivent faire l'objet d'une mise en œuvre par le législateur, pour être invocable. La portée de son arrêt est quelque peu différente. Le juge précise en fait, qu'en cas de loi venant préciser ces articles, les actes administratifs seraient contrôlés au regard de celle-ci, non de l'article directement (CE, 16 juin 2006, *Association « Eau et Rivières de Bretagne »*, rec. t. 703 ; *Bulletin du droit de l'environnement industriel* 2006, n°5, pp. 41-45, concl. Guyomar).
L'article 7, quant à lui, appelle de par sa rédaction même, l'intervention du législateur. Il dispose : « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».

B. Le développement d'une catégorie particulière de normes en droit anglais limitant le Parlement : les « lois constitutionnelles »

La catégorisation d'une loi en « loi constitutionnelle » n'a pas d'effet similaire à ce que peut entraîner l'émergence d'une norme constitutionnelle en France. Afin de comprendre l'enjeu de la jurisprudence sur cette question, il faut d'abord mettre en évidence que l'un des deux grands principes découlant de la souveraineté du Parlement permet à ce dernier d'abroger implicitement toute loi contraire et ancienne (1.)[1937]. La reconnaissance du caractère « constitutionnel » d'une loi permet aux juges d'empêcher ce principe de jouer, protégeant ainsi certains textes considérés, par les cours elles-mêmes, comme fondamentaux (2). Aucune nouvelle norme de contrôle de l'administration n'apparaît à proprement parler. Il s'agit plutôt, pour le juge, de concilier deux lois s'avérant contraires.

1. La possibilité d'abrogation implicite des lois anciennes et contraires, corollaire classique de la souveraineté du Parlement

La théorie classique de la souveraineté part du postulat que le Parlement a un pouvoir illimité. En l'absence d'une Constitution écrite fixant certaines barrières, il peut décider de tout. En conséquence, il peut octroyer tout type de pouvoir à l'administration, même les plus discrétionnaires. Une exception est toutefois classiquement admise à ce principe : le Parlement ne peut pas se limiter pour l'avenir[1938]. En somme, aucun texte ne peut recevoir de valeur supralégislative. En ce sens, l'édiction d'une Constitution écrite, encadrant le Parlement, comme celle de la Ve République en France, semble, à ce jour, impossible.

Cette exception, constituant en fait une protection des pouvoirs du Parlement, est soutenue par le principe de l'abrogation implicite (*implied repeal*). En effet, toute loi nouvelle entrant en contradiction avec une loi plus ancienne doit primer, sans mention expresse dans la première d'une remise en cause de la seconde[1939]. Cette règle permet de maintenir la cohérence du système juridique ; tout conflit de lois est résolu par son biais. Cette vision classique défend une conception

1937. Le second principe est celui du dualisme, étudié plus loin.
1938. WADE (W.), « The Basis of Legal Sovereignty », *CLJ* 1955, pp. 172-197, p. 174.
1939. *Ellen Street Estates v. Ministry of Health* [1934] 1 KB 590, p. 597 (Maugham LJ.) : « le législateur ne peut pas, en vertu de notre constitution, s'obliger pour ce qui est de la forme d'une loi postérieure, et il est impossible pour le Parlement d'affirmer que pour une loi postérieure portant sur le même sujet il n'y aura pas d'abrogation implicite ».

dite « continue » de la souveraineté, car elle ne peut être ni remise en cause ni limitée[1940].

La règle de l'abrogation implicite est centrale dans la conception traditionnelle de la souveraineté. Elle permet de résoudre les conflits de lois dans le temps au profit des lois plus récentes. Plus fondamentalement, elle interdit au Parlement de se limiter pour le futur. L'abrogation implicite fait toujours prévaloir la volonté actuelle du législateur, sur sa volonté ancienne, sans qu'il n'ait à le faire savoir expressément. En conséquence, les juges n'ont jamais à écarter une loi. Soit la loi plus récente est en accord avec les autres lois et s'applique sans difficulté ; soit elle entre en contradiction avec l'une d'elles, et prévaut. L'existence d'un principe réglant les conflits de lois permet de définir sur quelle assise textuelle l'administration pourra se fonder pour agir et, par voie de conséquence, quels pouvoirs en découleront pour elle.

2. La jurisprudence *Thoburn*, source d'une nouvelle catégorie de normes limitant la possibilité d'abrogation implicite

La règle de l'abrogation implicite a été limitée par les juges. Notamment, une série d'affaires a fait émerger la notion de « loi constitutionnelle »[1941]. Une loi considérée comme « constitutionnelle » a un statut particulier : elle ne peut pas être remise en cause par une loi postérieure contraire.

L'expression est employée une première fois par John Laws dans son jugement dans l'affaire *Thoburn*[1942]. Parfois qualifiée d'affaire des « martyres du système métrique », elle met en cause un conflit de lois dans le temps[1943]. Trois commerçants étaient poursuivis pour avoir continué à utiliser le système de mesure impériale pour la vente de leurs marchandises alors que le *Units of*

1940. WADE (W.), « The Basis of Legal Sovereignty », *op. cit.* ; ALLAN (T.R.S.), « Parliamentary Sovereignty : Lord Denning's Dexterious Revolution », *OJLS* 1983, pp. 22-33 ; CRAIG (P.), « Sovereignty of the United Kingdom Parliament after *Factortame* », *Yearbook of European Law* 1991, pp 221-255 ; HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, Hart Publishing, Oxford, 1997, 431 pages, pp. 48-52.
1941. FELDMAN (D.), « The nature and significance of « constitutional » legislation », *LQR* 2013, pp. 343-358.
1942. *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195.
YOUNG (J.) et CAMPBELL (D.), « The metric martyrs and the entrenchement jurisprudence of Lord Justice Laws », *PL* 2002, pp. 399-406 ; FELDMAN (D.), « The nature and significance of « constitutional » legislation », *LQR* 2013, pp. 343-358 ; GUIGUE (A.), « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *RDP* 2016, pp. 597-621.
1943. YOUNG (J.) et CAMPBELL (D.), *ibid*.
Voir également : ELLIOTT (M.), « The Principle of Parliamentary Sovereignty in Legal, Constitutional, and Political Perspective », pp. 38-66 notamment pp. 46-52, et CRAIG (P.), « Britain in the European Union », pp. 104-133, notamment pp. 116-123 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, OUP, Oxford, 2015.

Measurement Regulations de 1994 avait modifié le *Weighs and Measures Act* de 1985 afin d'introduire le système de mesure métrique. Cette modification avait été opérée sur le fondement de la section 2 (2) du *European Communities Act* de 1972. Elle permet à l'exécutif de modifier une loi afin de la mettre en accord avec une directive européenne. En effet, différentes directives avaient prévu que le système impérial ne pourrait plus exister après le 31 décembre 1999. Afin de respecter cette obligation, la loi de 1994 modifie donc celle de 1985, qui avait été originellement adoptée pour permettre l'utilisation à la fois du système métrique et du système impérial. Les requérants utilisent l'argument suivant : puisque la loi de 1985 a réaffirmé l'utilisation du système impérial, elle a, dans le même temps, abrogé implicitement la possibilité du ministre de la modifier en se fondant sur la loi de 1972. Pour y répondre, Laws va développer une idée fondamentale : « nous devrions reconnaître une hiérarchie entre les lois du Parlement : il doit y avoir des lois « ordinaires » et des lois « constitutionnelles » »[1944]. De l'avis du juge, les premières peuvent être abrogées implicitement, mais non les secondes[1945].

Cette innovation est importante. La « hiérarchisation » des lois n'est pas décidée par le Parlement. Elle découle de la *common law*, et donc de l'appréciation des juges. D'ailleurs, le juge Laws fixe lui-même ce que devraient être les critères d'identification de telles lois constitutionnelles : « de mon point de vue une loi constitutionnelle est relative (a) aux conditions des relations juridiques entre les citoyens et l'État d'une manière générale, ou (b) étend ou diminue l'étendue de ce que nous devons aujourd'hui considérés comme des droits constitutionnels fondamentaux. Les propositions (a) et (b) sont nécessairement très proches : il est difficile d'imaginer un cas tombant dans (a) ne relevant pas dans le même temps de (b) »[1946]. En l'espèce, la loi de 1972 entre dans cette catégorie. La loi de 1984 ne peut pas l'avoir abrogée de façon implicite. Avec ces quelques mots, le juge pose les fondations de ce qui est une évolution fondamentale dans le droit public anglais : l'émergence de lois, qualifiées de « constitutionnelles », ayant un statut spécial les protégeant contre toute abrogation implicite du fait de leur importance, dont la définition est avant tout matérielle et repose sur la *common law*[1947].

Cela constitue une véritable limitation de la souveraineté du Parlement, à un double titre. D'une part, ce jugement autorise et reconnaît la possibilité de limiter le Parlement dans le futur. Sur

1944. *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195, [62].
1945. *ibid*., [63].
1946. *ibid*., [62].
1947. FELDMAN (D.), « The nature and significance of « constitutional » legislation », *op. cit.*, pp. 343-345 ; CRAIG (P.), « Constitutionalizing Constitutional Law : HS2 », pp. 143-167, notamment pp. 154-165 in *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit.* ; GUIGUE (A.), « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *RDP* 2016, pp. 597-621.

ce point, il n'y a pas de différence flagrante avec les conséquences de l'affaire *Factortame*, sur laquelle nous reviendrons, de laquelle découle l'impossibilité pour le Parlement de remettre en cause le droit de l'Union[1948]. D'autre part, et beaucoup plus fondamentalement, la limitation ne découle pas de la volonté du Parlement. L'importance du droit de l'Union est en effet rattachée au *European Communities Act* de 1972[1949]. Le Parlement, dans le cadre de la jurisprudence *Thoburn*, ne fait qu'adopter une loi. Ce sont les cours, par le biais de l'utilisation des propositions (a) et (b) qui vont en faire, ou non, une loi constitutionnelle. Grâce à cela, Laws maintient ce principe cardinal, reflétant l'orthodoxie de la souveraineté : le Parlement ne peut pas se lier, de lui-même, pour le futur[1950]. Toutefois, de son avis, le droit anglais a évolué, du fait de la *common law*. C'est donc cette dernière qui définit les conditions du statut des lois constitutionnelles, limitant les possibilités d'abrogation implicite. Par son truchement, certaines lois sont considérées comme « supérieures » aux autres[1951].

Il n'est pas étonnant que ce jugement ait été critiqué, eu égard à l'évolution provoquée[1952]. Ce d'autant plus que la question de l'identification des lois « constitutionnelles » pose problème[1953]. Au regard du jugement dans *Thoburn*, Paul Craig fait ressortir trois dimensions pouvant conférer ce statut : une dimension horizontale portant sur la répartition des pouvoirs entre les institutions, et leurs relations ; une dimension territoriale, propre aux lois de dévolution ; et une dimension verticale concernant les relations entre les citoyens et l'État, notamment pour ce qui est de la protection des droits des premiers[1954]. Laws en cite lui-même plusieurs : la loi de 1972 mais aussi la *Magna Carta*, le *Bill of Right*s, le *Human Rights Act* ou encore les lois de dévolution[1955]. Dans une décision récente, Lord Hope a confirmé l'existence des lois constitutionnelles, en l'espèce la loi de

1948. Voir *infra* : Partie II, Titre I, Chapitre I, Section III, II, B.
1949. Là aussi, voir les développements sur l'affaire *Factortame*.
1950. *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195, [59].
1951. *idem*.
Ce jugement correspond aux idées développées par John Laws dans ses écrits. L'auteur considère que la souveraineté du Parlement dépend d'un « ordre juridique supérieur ». De ce point de vue, la *common law* constitue cet ordre juridique : LAWS (J.), « Law and Democracy », *PL* 1996, pp. 72-93.
1952. YOUNG (J.) et CAMPBELL (D.), « The metric martyrs and the entrenchment jurisprudence of Lord Justice Laws », *op. cit.* ; FORSYTH (C.), « Of fig Leaves and Fairy Tales : The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliamentary and Judicial Review », *op. cit.*, pp. 43-45 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 365-370.
1953. FELDMAN (D.), « The nature and significance of « constitutional » legislation », *op. cit.*, pp. 347-352. L'auteur étudie d'ailleurs la question en s'intéressant aux dispositions de la Constitution française de 1958. Il retient une approche institutionnelle : une Constitution doit, selon lui, instaurer des institutions, leurs pouvoirs et leurs relations. Les critères de John Laws sont trop larges, car ils incluent les relations entre le pouvoir et les individus.
Voir également : SALES (P.), « A comparison of the principe of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998 », *LQR* 2009, pp. 598-615, voir pp. 602-603.
1954. CRAIG (P.), « Constitutionalizing Constitutional Law : HS2 », p. 163 in *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit*.
1955. *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195, [62].

dévolution écossaise, dont la remise en cause ne peut se faire que par les termes exprès de la loi[1956]. Réaffirmée encore par la suite, cette catégorie a été enrichie récemment par la Cour Suprême dans l'affaire *HS2* qui, tout en reconnaissant que le Royaume-Uni ne possède pas de Constitution écrite, établit une liste non exhaustive de lois constitutionnelles : elle y inclut notamment le *Constitutional Reform Act* de 2005, logiquement absent du jugement de Laws, et le *Petition of Rights* de 1628[1957]. Elle l'étend même, sans les nommer précisément, à certains principes directement issus de la *common law*[1958].

Malgré le développement de « lois constitutionnelles », les juges anglais restent, en principe, soumis à la loi.

II. Un enrichissement limité par le respect de la loi

Le qualificatif « constitutionnel » utilisé en France ou en Angleterre n'a donc pas la même portée. En cela, et malgré l'utilisation de plus en plus fréquente, et sur des questions de plus en plus complexes, du terme « constitutionnel », le droit anglais ne peut pas être assimilé au droit français, quant à l'existence d'une hiérarchie des normes. Possiblement en voie de développement, elle n'est pas encore aujourd'hui clairement reconnue (B.). Ce, d'autant plus, que le Conseil d'État n'a pas vocation à résoudre les questions de constitutionnalité des lois. La relation Constitution – loi n'est pas vue au travers du prisme de la recherche de validité, fondement d'une hiérarchisation. Toutefois, la réalité du contrôle du juge administratif montre une certaine remise en cause de ce qui apparaît encore aujourd'hui comme un dogme fondamental (A.).

A. L'impossibilité de contrôler la constitutionnalité de la loi pour le juge administratif

Si les normes constitutionnelles se développent, et irriguent la jurisprudence administrative, le Conseil d'État ne s'est pas départi du dogme ancien de l'impossibilité de contrôler la constitutionnalité, découlant du temps où le Parlement était souverain (1.). Cette limite importante à son office a toutefois reçu une nouvelle justification, diminuant l'impression d'une carence dans le

1956. *BH. v. Lord Advocate* [2012] UKSC 24, [30] (Lord Hope).
1957. *R. (on the application of HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3, [207] (Lord Neuberger et Lord Mance).
1958. *idem*.
Cela pose également la question de leurs critères d'identification : CRAIG (P.), *ibid.* p. 165.

contrôle juridictionnel. À cela s'ajoute l'émergence de nouveaux modes d'appréciation de la loi issus tant de la jurisprudence que de la réforme de la Constitution (2.).

1. Le dogme de l'impossibilité de contrôler la constitutionnalité de la loi

Si les normes constitutionnelles sont devenues des normes de référence du contrôle de l'administration, une limite existe toutefois : la théorie de la loi-écran. Le juge administratif étant le censeur de l'administration, non du Parlement, il ne peut contrôler la validité de la loi par rapport au texte constitutionnel. Telle est la position arrêtée par le Conseil d'État, en 1936, dans l'arrêt *Arrighi*[1959].

Par voie de conséquence, un acte administratif pris sur le fondement d'une loi ne peut être critiqué au regard des normes constitutionnelles. Le développement du bloc de constitutionnalité n'a pas remis cela en cause. En effet, est toujours prégnante « l'idée que le Parlement était à l'époque l'expression de la volonté générale et ne relevait à ce titre que de lui-même et de cette même volonté », ce qui revient à mettre en lumière « la souveraineté de la loi »[1960]. L'émergence du bloc de constitutionnalité au sein de la jurisprudence du Conseil d'État favorise avant tout le contrôle du pouvoir réglementaire dit autonome, c'est-à-dire les actes réglementaires qui ne sont pas pris dans le but d'exécuter une loi[1961]. En cela, et aujourd'hui encore, le Conseil d'État se refuse à confronter une loi avec la Constitution[1962].

2. Un dogme en recul : renouvellement et évolution dans l'appréciation de la constitutionnalité de la loi

Le dogme de l'impossibilité pour le juge de contrôler la constitutionnalité de la loi est

1959. Voir *supra* : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I, I, B.
1960. VENEZIA (J.-C.), « La loi, le juge et la Constitution », pp. 505-512, p. 507 in *L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991 ; MATHIEU (B.), « Le Conseil d'État, juge de la constitutionnalité des lois. Entre description et prospection », pp. 753-761, notamment p. 754 in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009.
Voir en général : MODERNE (F.), « À propos du contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs dans le droit public français contemporain », *RFDA* 2008, pp. 915-919.
1961. Ce sont les actes se fondant sur l'article 37 de la Constitution. L'arrêt *Société eky*, précité, illustre ce point.
1962. CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, rec. 37.
Cette réticence du juge administratif est regrettée par certains : GOHIN (O.), « Le Conseil d'État et le contrôle de constitutionnalité de la loi », *RFDA* 2000, pp. 1175-1180.
Pour une position inverse, voir : GENEVOIS (B.), « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000, pp. 715-724.

aujourd'hui quelque peu ébranlé. Trois éléments vont en ce sens[1963].

Tout d'abord, le fondement même du refus du contrôle a évolué. Si auparavant, le juge s'appuyait sur le caractère sacré de la loi, tel n'est plus le cas aujourd'hui. Dorénavant, c'est l'existence d'un organe spécifique de contrôle qui justifie cette position : il s'agit du Conseil constitutionnel[1964]. La Constitution de 1958 a ainsi contribué grandement à la remise en cause de la sacralité de la loi ; celle-ci est à la fois matériellement limitée, et soumise au bloc de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel.

Pour autant, s'il ne censure par la loi, le juge dispose de moyens indirects pour veiller à son inconstitutionnalité. Ainsi, le Conseil d'État n'hésite pas à interpréter une loi conformément à la Constitution lorsque cela lui apparaît nécessaire. Telle est la portée de l'affaire *Lesourd*, rendue aux conclusions de Terry Olson[1965]. Le requérant contestait la validité de la délibération du jury ayant proclamé qu'il n'était pas admissible au concours interne de recrutement de maîtres-assistants en écoles d'architecture. L'un des moyens qu'il soulève, et retient principalement l'attention du commissaire du Gouvernement, porte sur la composition du jury. Le décret du 3 mai 2002 prévoyait que celui-ci devait, en principe, comporter au moins un tiers de membres de chaque sexe. Il avait été pris en exécution de la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, disposant que les jurys doivent être « composés de façon à concourir à une représentation équilibrée entre les hommes et les femmes ». Or, et le nœud de l'affaire se trouve ici, cette disposition avait fait l'objet d'une réserve d'interprétation « par ricochet » de la part du Conseil constitutionnel. La loi du 9 mai 2001 ne lui ayant pas été déférée, il n'a pu juger de sa constitutionnalité dans le cadre de son contrôle *a priori*. Toutefois, dans une décision du 12 mai 2002, portant sur une loi de modernisation sociale de janvier 2002, il va adopter une réserve d'interprétation à l'égard de la loi du 9 mai 2001 : c'est, qu'en effet, la disposition de la loi de janvier 2002 était identique à celle du 9 mai 2001[1966]. Le Conseil constitutionnel profite ainsi de l'occasion pour affirmer que cette dernière pose, non pas une obligation, mais un objectif. C'est à ce prix

1963. MATHIEU (B.), *ibid.*

1964. VENEZIA (J.-C.), « La loi, le juge et la Constitution », pp. 505-512, voir pp. 508-509 in *L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991 ; MATHIEU (B.), *ibid.*, pp. 753-754.
Voir aussi la note de Jean Rivero sous la décision du *Liberté d'association* (CC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, rec. 29, *AJDA* 1971, pp. 537-542, notamment p. 539).
Le Conseil d'État l'a admis explicitement. Dans l'arrêt *Deprez et Baillard*, il relève que « l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation ; qu'il ressort des débats tant du Comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'État lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application » (CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, rec. 1).

1965. CE, Sect., 22 juin 2007, *M. Lesourd*, rec. 253, concl. Olson ; *RFDA* 2007, pp. 1077-1085, concl. Olson ; *AJDA* 2007, pp. 2130-2134, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau.

1966. CC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, rec. 49, voir cons. 115.

seulement qu'elle peut être considérée comme conforme à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen affirmant que l'accès aux emplois publics ne se décide qu'en fonction des vertus et talents des individus, non de leur sexe. La question qui se posait alors au Conseil d'État était celle de sa réaction face à une telle réserve d'interprétation « par ricochet ». Lorsqu'une réserve d'interprétation classique est faite par le juge constitutionnel, le Conseil d'État s'estime lié par celle-ci, et l'applique[1967]. En revanche, dans sa décision sur l'affaire *Lesourd*, la Section du contentieux ne considère pas qu'elle doive suivre l'autorité d'une réserve « par ricochet », et ce, malgré les conclusions en ce sens de Terry Olson. Ce dernier voulait leur faire bénéficier de l'autorité de l'article 62 de la Constitution[1968].

Le refus, indirect, du Conseil d'État, qui ne mentionne même pas la décision du Conseil constitutionnel, repose sur une interprétation différente de cet article : un sens plus strict et littéral lui est donné[1969]. Malgré cela, le juge va utiliser son pouvoir d'interprétation pour rendre conforme la loi de 2001 à la Constitution. Plus exactement, la décision du Conseil constitutionnel, si elle ne s'impose pas d'autorité au juge administratif, va influer sur le sens qu'il va donner au texte législatif ; sa force est avant tout persuasive[1970]. Les conclusions de Terry Olson sont ici particulièrement éclairantes et intéressantes. Il relève que la solution classique serait de faire jouer la théorie de la loi-écran : dans ce cas, le décret, pris en exécution de la loi, ne pourrait voir sa constitutionnalité être remise en cause[1971]. Or, puisqu'en l'espèce la composition du jury n'était pas conforme au texte réglementaire (il y avait seulement deux femmes sur quatorze membres), la décision aurait dû être annulée. « Réponse sans doute la plus simple », elle pose problème en ce qu'elle ne tient aucun compte de la jurisprudence constitutionnelle[1972]. Le commissaire du Gouvernement tâche de trouver une solution alternative. Il relève que le contrôle de constitutionnalité de la loi est impossible, notamment car il revient au Conseil constitutionnel[1973]. Toutefois, dans le même temps, et nous y reviendrons, le juge administratif peut contrôler la conventionnalité de la loi, et procéder à une interprétation neutralisante des dispositions

1967. CE, Ass., 20 décembre 1985, *SA Etablissements Outters c. Agence financière de bassin Seine-Normandie*, rec. 382.
Voir également : CE, 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, rec. 393 ; *AJDA* 2004, pp. 2383-2390, chron. C. Landais et F. Lenica : la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à agir par voie d'ordonnance avait fait l'objet d'une réserve d'interprétation par le Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État confronte donc l'ordonnance à cette loi, telle qu'interprétée par le juge constitutionnel, et lui donne un sens y étant conforme.
1968. *RFDA* 2007, p. 1084.
1969. *AJDA*, 2007, p. 2132.
1970. Voir la chronique à l'*AJDA* précitée.
Voir également : ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique. Un couple juridiquement inséparable », pp. 11-28 in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, *op. cit.*
1971. *RFDA* 2007, pp. 1079-1080.
1972. *RFDA* 2007, p. 1079.
1973. *ibid.*, p. 1080.

conventionnelles contraires à la Constitution. Cette dissymétrie constitue, pour le commissaire du Gouvernement, une « situation bizarre »[1974]. Afin de la résoudre, le juge administratif doit pousser « le plus loin possible [son] pouvoir d'interprétation »[1975], même si cela le conduit à « tangenter le *contra-legem* »[1976]. C'est en opérant ainsi que le Conseil d'État doit prendre en compte la réserve d'interprétation « par ricochet », tout en se réservant le droit de s'en écarter en cas de « motif sérieux »[1977]. Le recours à une interprétation très constructive permet au juge administratif de pallier l'absence d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois ; puisqu'il ne peut pas en écarter l'application en cas de contrariété avec le texte constitutionnel, il doit « veiller à ce que l'interprétation de la loi […] jouisse d'un solide brevet de constitutionnalité », et ce, particulièrement, en s'appuyant sur les décisions du Conseil constitutionnel[1978]. Le Conseil d'État suit cette ligne et interprète le décret comme posant un objectif d'équilibre de représentation des textes, conformément à la loi du 9 mai 2001, et non une obligation. Si la décision du juge constitutionnel n'est pas mentionnée, elle a influencé la solution retenue.

L'arrêt *Lesourd*, et les conclusions rendues par Terry Olson, démontrent la grande portée constructive que peut avoir l'interprétation de la loi. Ici, par son biais, et avec l'aide indirect du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État rend une loi conforme à la Constitution. Elle vise à pallier le manque de contrôle *a posteriori*, et s'appuie également sur la jurisprudence du juge administratif quant au contrôle de conventionnalité. Ces arguments démontrent la volonté du Conseil d'État, et de son commissaire du Gouvernement, de limiter les effets jugés néfastes de la jurisprudence *Arrighi*, sans pour autant rompre avec elle. Cette solution est d'autant plus importante qu'en l'espèce, elle conduit le juge à considérer la délibération valide, et à rejeter le recours du requérant.

Enfin, la dernière situation conduisant le juge à tempérer quelque peu l'impossibilité de contrôler la constitutionnalité de la loi découle de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Celle-ci a introduit un article 61-1 dans la Constitution, prévoyant le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité[1979]. Entrée en vigueur le 1er mars 2010, il permet à un requérant d'invoquer à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, l'inconstitutionnalité d'une loi. Le but est simple : en permettant la reconnaissance d'une telle contrariété entre la loi et la Constitutionnalité,

1974. *idem*.
1975. *idem*.
1976. *ibid*., p. 1082.
1977. *RFDA* 2007, p. 1082.
Voir également : GENEVOIS (B.), « Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État statuant au contentieux ou la stratégie de la persuasion », *RFDA* 2000, p. 1207-1218, p. 1212 ; « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002, pp. 877-888 voir pp. 883-884.
1978. *idem*.
1979. Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

le requérant pourrait demander que soit reconnue l'illégalité de l'acte administratif se fondant sur cette loi. Certaines conditions entourent la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité[1980]. Elles sont appréciées par le juge saisi de la question, puis par la juridiction suprême de l'ordre duquel il relève. Parmi ces conditions, le juge doit veiller à ce que la question soulevée par le requérant ait un caractère sérieux. Or, cette notion étant assez floue, le Conseil d'État peut la restreindre pour éviter les renvois au Conseil constitutionnel, lorsque cela lui paraît opportun[1981]. Dans ce cas, la loi sera considérée comme étant constitutionnelle. Le juge administratif ne s'empêche d'ailleurs pas d'opérer un contrôle sur le fond de la loi, en usant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel[1982]. S'il ne peut toujours pas censurer une loi pour inconstitutionnalité, le Conseil d'État peut, en jouant son rôle de filtre, en apprécier la constitutionnalité.

En acceptant, de façon détournée, de faire primer la Constitution sur les lois, le Conseil d'État renforce l'intensité de la hiérarchie des normes. En Angleterre, la portée des « lois constitutionnelles » n'autorise pas une conclusion similaire.

B. Le statut « constitutionnel » des lois en droit anglais, élément de conciliation des lois : l'impossible assimilation à la hiérarchie des normes française

Si l'affaire *Thoburn* a pour conséquence de limiter l'abrogation implicite de certaines lois, en s'appuyant sur la *common law*, elle ne remet pas en cause tout pouvoir d'abrogation. Le nouveau statut qu'elle crée, et attribue à certains actes du Parlement, ne fait que protéger partiellement ces derniers. Leur existence reste relativement précaire. Les « lois constitutionnelles » peuvent être remises en cause par des termes exprès du Parlement, et ce, même s'ils sont contenus dans une loi « ordinaire »[1983].

Les limites proviennent de la *common law*, mais leur remise en cause est toujours possible par une loi expresse. En somme, ce sont seulement les modalités d'expression de sa souveraineté qui ont changé, du fait de l'évolution de la *common law*[1984]. Il n'y a pas de contrôle de validité d'une loi

1980. Elles ont été prévues par la loi organique du 10 décembre 2009 (Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution).
1981. ROBLOT-TROIZIER (A.), « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *RFDA* 2011, pp. 691-710.
Voir aussi : DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), « QPC : deux ans, déjà l'âge de raison ? », *AJDA* 2012, pp. 422-433.
1982. CE, 29 septembre 2010, *Société Snerr Théâtre de Paris*, rec. t. 945.
1983. *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195, [63].
1984. ELLIOTT (M.), « Embracing 'Constitutional' Legislation : Towards Fundamental law ? », *Legal Studies Research Paper Series* 2014, 21 pages (ré-édition d'un article paru en 2003) ; « Constitutional legislation, European Union law and the nature of the United Kingdom's contemporary Constitution », *European Constitutional Law Review* 2014, pp. 379-392.

au regard d'une norme constitutionnelle. Il s'agit avant tout de permettre la conciliation entre un acte « classique » et un acte considéré, par les juges, comme plus fondamental.

D'ailleurs, la reconnaissance d'un statut constitutionnel n'a pas été sans poser certaines difficultés pratiques. En particulier, les juges ont été confrontés à la question de la conciliation de deux lois constitutionnelles antagonistes. L'affaire *HS2* illustre ce problème[1985]. Un projet de loi visant à construire une ligne de chemin de fer était à l'étude devant le Parlement. Le Gouvernement souhaitait accélérer la procédure et avait mis en avant son intention que la Chambre des Communes n'entende pas les critiques provenant des opposants au projet. Or la directive 2011/92/UE imposait une correcte prise en compte de l'avis du public pour les projets ayant un impact environnemental[1986]. Bien que résolvant le litige sur un autre terrain[1987], une question importante est soulevée : est-il possible pour les juges de contrôler l'adaptation de la procédure parlementaire au regard du droit de l'Union européenne alors que cela leur est formellement interdit par l'article 9 du *Bill of Rights* de 1689 ? En creux, il s'agit de confronter la suprématie du droit de l'Union, découlant de la loi constitutionnelle de 1972, avec une autre loi constitutionnelle. Les faits sont quelque peu différents de l'affaire *Thoburn*[1988]. Lord Reed relève clairement qu'une telle question est de droit constitutionnel interne et n'implique pas de considération des principes de droit de l'Union européenne[1989]. Ce sont donc bien deux lois constitutionnelles qui sont en cause[1990]. Toutefois, les Lords n'apportent pas de réponse précise sur le sujet. D'une part, la question est particulièrement difficile et mériterait d'être pleinement posée[1991]. D'autre part, elle est accessoire et ne détermine pas l'issue du litige, ce qui permet aux juges de rester évasifs. Le seul passage véritablement utile est un paragraphe du jugement commun des Lords Neuberger et Mance : « il est […] certainement possible d'affirmer (et il appartient au droit du Royaume-Uni et à ses cours d'en décider) qu'il y a

1985. ELLIOTT (M.), « Constitutional legislation, European Union law and the nature of the United Kingdom's contemporary Constitution », *European Constitutional Law Review* 2014, pp. 379-392 ; DUCOULOMBIER (P.), « Les rapports entre le droit britannique et le droit de l'Union Européenne : le point de vue français », pp. 241-264 in *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit.* ; CRAIG (P.), « Constitutionalizing Constitutional Law : HS2 », *op. cit.* ; GUIGUE (A.), « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *op. cit*.
1986. Article 6 (4).
1987. La directive prévoit elle-même une exonération de l'obligation posée par l'article 6 (4) à l'article 1(4). L'avis du public n'est pas obligatoire lorsque le projet est adopté de façon détaillée par un acte législatif.
1988. *R. (on the application of HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3, [208] (Lord Neuberger et Lord Mance).
Dans *Thoburn*, il s'agissait de confronter une loi ordinaire et une loi constitutionnelle.
1989. *R. (on the application of HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3, [79]. Voir également [206] – [207] (Lord Neuberger et Lord Mance).
1990. Cela confirme le point de vue de Laws dans *Thoburn*, en vertu duquel le droit de l'Union a effet par la voie du droit interne : CRAIG (P.), *ibid.,* pp. 149-150.
1991. *R. (on the application of HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3, [208] (Lord Neuberger et Lord Mance).

des principes fondamentaux, contenus dans d'autres instruments constitutionnels ou reconnus par la common law, pour lesquels le Parlement n'a pas souhaité l'abrogation en adoptant le European Communities Act de 1972 »[1992]. Qu'en ressort-il ?

En premier lieu, en cas de conflit entre des normes constitutionnelles, la plus récente ne prend pas nécessairement le pas. Comme le note Paul Craig, si l'affaire *HS2* est différente de *Thoburn*, la logique qui la préside est similaire. L'abrogation implicite, faisant céder la loi ancienne, ne s'applique pas entre deux lois constitutionnelles[1993].

En second lieu, la question se résout, comme nous l'avons dit, uniquement en vertu du droit interne. Plus particulièrement, ce sont les cours qui apparaissent comme la pierre angulaire dans ce genre de situation. Elles identifient et concilient les lois et principes constitutionnels.

Le troisième élément est relatif à la volonté du Parlement. C'est sur elle que se basent les juges. C'est elle qui est recherchée. En tout cas, les Lords refusent ici de conclure que, bien qu'ayant conscience des implications lors de l'accession à l'Union européenne, le Parlement a pour autant voulu remettre en cause d'autres normes fondamentales.

Enfin, le statut de loi constitutionnelle n'octroie pas, automatiquement, une prédominance sur les autres lois. En principe, un conflit clair entre deux lois ordinaires se résout par le recours à l'abrogation implicite. En revanche, tel n'est pas le cas entre deux lois constitutionnelles. Il apparaît dans le jugement cité de Lord Neurberger et Lord Mance qu'une certaine préférence est sous-entendue pour le respect du *Bill of Rights* plutôt que des exigences de l'Union européenne[1994]. Lord Reed admet lui aussi qu'il est « peu probable que la Cour de Justice attende des cours nationales qu'elle exerce un contrôle de supervision sur les procédures internes des législateurs nationaux de la nature de celle invoquée par les requérants »[1995]. Pour Lord Mance et Lord Neuberger, si les institutions européennes devaient rendre un tel contrôle nécessaire afin de veiller au respect des obligations européennes, cela irait contre le principe de confiance mutuelle. La Cour de Justice est considérée, par les deux juges, comme « ayant conscience des principes de séparation des pouvoirs et de respect mutuel gouvernant les relations des différentes branches des démocraties modernes »[1996]. Il est en tout cas certain que la seule postériorité de la loi de 1972 ne suffit pas à

1992. *idem*.
1993. CRAIG (P.), *ibid.,* pp. 161-162.
1994. Pour un point de vue similaire : CRAIG (P.), *ibid.*, p. 165 ; DUCOULOMBIER (P.), « Les rapports entre le droit britannique et le droit de l'Union Européenne : le point de vue français », voir pp. 255-260 in *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit.* ; GUIGUE (A.), « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *op. cit*., p. 620.
1995. *R. (on the application of HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3, [111].
1996. *ibid*., [202].

résoudre le conflit.

Or, dans la jurisprudence *Thoburn*, John Laws déduit d'une même situation qu'il existe une « hiérarchie des lois » entre celles ordinaires et celles reconnues constitutionnelles. Est-ce à dire qu'une hiérarchisation entre lois constitutionnelles est possible ? Sans aller jusque-là, certains passages des jugements amènent toutefois à ne pas écarter l'hypothèse. S'appuyant sur une décision de 2013 de la Cour Fédérale d'Allemagne, Lord Reed en conclut que la coopération entre institutions européennes et autorités nationales conduit à ce qu'« une décision de la Cour de Justice ne soit pas lue par une cour nationale d'une façon à mettre en question l'identité de l'ordre constitutionnel national »[1997].

Ce passage nous semble mettre en évidence qu'il ne faut pas faire d'analogie trop hâtive entre les « lois constitutionnelles » et le bloc de constitutionnalité français. Récemment, un auteur français a pu conclure, non sans un certain enthousiasme, à propos de la jurisprudence *HS2* : « pour un juriste français, c'est 1958 et 1971 la même année ! »[1998]. Il y aurait donc le développement au Royaume-Uni de « quelque chose qui rappellera au juriste français l'image de la « pyramide des normes » imaginée par Merkl à partir de la hiérarchie des normes de Kelsen »[1999]. Dans un même esprit, Charlotte Girard, à propos de la jurisprudence *Thoburn*, note qu'elle a permis d' « établir une hiérarchie entre des normes », de laquelle il découle que l'abrogation d'une « norme de contenu constitutionnel […] serait une violation de la constitution elle-même »[2000]. Peggy Ducoulombier, quant à elle, considère qu'il y a une similitude entre l'idée « d'identité de l'ordre constitutionnel national » et la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la protection des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale[2001].

Il est vrai que l'idée d'une hiérarchisation des lois est apparente dans les termes de certains jugements. L'expression est utilisée par Laws dans l'affaire *Thoburn*[2002]. On la retrouve également

1997. *R. (on the application of HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3, [111]. La même décision est utilisée à une fin similaire par Lord Neuberger et Lord Mance ([202]).
Cette expression d' « identité nationale » a été formellement reconnue par le Traité de Lisbonne : elle se retrouve à l'article 4(2) du TUE : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ».
MOUTON (J.-D.), « L'état membre entre souveraineté et respect de son identité : quelle union européenne ? », *Revue de l'Union européenne* 2012, p. 204-209 ; NABLI (B.), « L'identité (constitutionnelle) nationale : limite à l'Union européenne ? », *Revue de l'Union européenne* 2012, p. 210-215.
1998. GUIGUE (A.), « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *op. cit.,* p. 615.
1999. *ibid*., p. 611.
2000. GIRARD (C.), « Le réalisme du juge constitutionnel britannique », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°22, juin 2007, pp. 172-177, p. 174.
2001. DUCOULOMBIER (P.), « Les rapports entre le droit britannique et le droit de l'Union Européenne : le point de vue français », *op. cit*., pp. 261-263.
2002. *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195, [62].

chez Mark Elliott, l'auteur parlant d'une « hiérarchie des normes constitutionnelles internes »[2003]. Néanmoins, elle ne peut être assimilée au bloc de constitutionnalité français, car les logiques présidant les deux constructions sont très différentes. Il y a, comme l'affirme Erik Bjorge, « une véritable hiérarchie des normes […] propre aux caractéristiques de la *common law* »[2004].

En France, la hiérarchie des normes induit un contrôle de validité : la norme inférieure doit respecter (compatibilité ou conformité) la norme supérieure. En cas de contrariété, une violation est identifiée. En Angleterre, et au Royaume-Uni plus largement, l'émergence des lois constitutionnelles n'autorise aucun contrôle de validité. Le rôle des juges dans le domaine constitutionnel n'est pas de veiller à ce qu'une norme inférieure respecte une norme supérieure. L'objet du contrôle est la conciliation des normes. Cela ressort nettement du jugement de Lord Reed : il pose un principe d'interprétation des décisions de la Cour de Justice. Il n'y a aucune confrontation de normes, seulement une tentative de conciliation. Il en va exactement de même dans le jugement de Laws. Le statut « constitutionnel » de certaines lois permet d'éviter une abrogation implicite. Il n'interdit pas une abrogation explicite, d'ailleurs explicitement envisagée. Il faut donc résister à la tentation de voir dans l'émergence d'une « hiérarchie des lois » ou d'une « hiérarchie des normes » un phénomène rapprochant le système juridique britannique du système français postérieur à 1971. Le principe cardinal du droit anglais reste la souveraineté du Parlement. Tout ce que ce le législateur souhaite expressément et manifestement, il l'obtient. Les juges doivent céder devant une volonté clairement manifestée en ce sens. Ainsi, comme le reconnaît le professeur Ducoulombier, « cette protection reste imparfaite »[2005]. Il n'est donc pas possible de parler d'une « violation de la constitution » comme le fait Charlotte Girard, et ce, en l'absence d'une norme de référence et d'un contrôle portant sur son respect.

En souhaitant faire émerger une catégorie protégée de normes considérées comme fondamentales, les juges ont posé un nouveau problème qu'il leur appartient de résoudre. L'invocation de la volonté du Parlement est quelque peu fictive. Comment rechercher si ce dernier a voulu en adoptant une loi (constitutionnelle ou non) remettre en cause les effets d'une autre loi

2003. ELLIOTT (M.), « Reflections on the HS2 case : a hierarchy of domestic constitutional norms and the qualified primacy of EU Law », *UK Const. L. Blog*, 23 janvier 2014(disponible :https://ukconstitutionallaw.org/2014/01/23/mark-elliot-reflections-on-the-hs2-case-a-hierarchy-of-domestic-constitutional-norms-and-the-qualified-primacy-of-eu-law/). Voir également : ELLIOTT (M.), « Embracing 'Constitutional' Legislation : Towards Fundamental law ? », *op. cit.* ; « Constitutional legislation, European Union law and the nature of the United Kingdom's contemporary Constitution », *European Constitutional Law Review*, 2014, pp. 379-392.
2004. BJORGE (E.), « La Cour suprême du Royaume-Uni, une cour constitutionnelle digne de ce nom », *RFDA* 2017, pp. 213-219, p. 218.
2005. DUCOULOMBIER (P.), « Les rapports entre le droit britannique et le droit de l'Union Européenne : le point de vue français », voir p. 263 in *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit.*.

constitutionnelle antérieure alors même qu'il n'avait pas conscience d'adopter des textes ayant un tel statut ? Il faut admettre que ce travail de conciliation appartient en premier à ce que les juges sont prêts à admettre comme conséquence pour l'ordre juridique.

Même lorsque le Parlement est à l'initiative d'une évolution majeure dans du système constitutionnel, les juges restent maîtres des limites à fixer à leurs nouveaux pouvoirs.

Section II. L'influence croissante des normes internationales : le rôle actif des juges dans la réception du droit international

Comme l'a mis en évidence Louis Dubouis, le droit international s'est largement développé depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale[2006]. La volonté de renforcer les liens entre les États a conduit au développement d'un ensemble normatif important constitué de pratiques, mais également, et surtout, de traités. Il ne sera pas question ici des constructions européennes, qui feront l'objet de développements particuliers. Il s'agit de s'intéresser au phénomène de réception du droit international classique dans les jurisprudences française et anglaise. Deux points peuvent être ainsi mis en exergue. D'une part, la réception du droit international a conduit à modifier profondément l'office des juges. D'autre part, elle a été permise, en grande partie, par la jurisprudence. Tant objet d'influence que moteur de l'incorporation, les juges se trouvent au centre de ce mouvement d'enrichissement des ordres juridiques.

Toutefois, il est nécessaire à ce stade d'opérer une distinction entre la jurisprudence administrative française et celle des cours anglaises. En effet, la Constitution de 1958 attribue un rôle spécifique aux juges, tant de la Cour de Cassation que du Conseil d'État. Par ce fondement textuel, le juge administratif se trouve doté d'outils particuliers de contrôle de la loi. Les limites l'affectant dans le contrôle de constitutionnalité ne sont ici plus de mise. Le juge peut alors se faire censeur du législateur, afin d'assurer la supériorité du droit international sur la loi (I.). En revanche, les données de base du système juridique anglais attribuent une mission différente, si ce n'est radicalement opposée, aux cours. Le dualisme, corollaire de la souveraineté du Parlement, les empêche de connaître des traités non incorporés par une loi. Si tel reste le principe, il est affecté de certaines limites issues de courants jurisprudentiels particulièrement actifs dans la volonté d'intégrer les normes internationales au droit anglais (II.).

I. L'émergence d'un contrôle de conventionnalité des lois : l'importance des bases constitutionnelles dans l'office du juge administratif

Depuis la Constitution de 1946, le Conseil d'État se voit reconnaître un rôle certain dans la réception du droit international en droit interne. La Constitution de 1958 a encore accru ce rôle, en prévoyant la supériorité des traités internationaux sur la loi. Bien qu'il ait tardivement accepté

2006. Voir la citation faite plus haut : Partie II, Titre I, Chapitre I.

l'ensemble des conséquences en découlant, le juge administratif peut aujourd'hui contrôler la compatibilité d'une loi avec une convention internationale (B.). Il ne faut toutefois pas limiter le rôle du juge à ce seul aspect. En s'assurant également du respect des conditions de réception posées dans le texte constitutionnel, il peut plus ou moins augmenter l'influence du droit international en droit interne. La tendance est en ce domaine à un renforcement de son appréciation et à un certain assouplissement de ces conditions d'invocabilité (A.). La multiplication des normes supérieures et l'accroissement de leur invocabilité ont densifié le tissu normatif. L'expression « bloc de légalité », qui aurait certainement paru être un oxymore pour Eisenmann, est même utilisée[2007]. Il n'est plus ici question uniquement de faire respecter la volonté du Parlement, bien que cela constitue encore une mission fondamentale du juge[2008].

A. La réception, l'application et l'interprétation des normes internationales : un rôle admis et facilité par le Conseil d'État

Dès la IVe République, le Conseil d'État a admis de contrôler un acte administratif au regard d'une convention internationale. Affirmé à partir de 1952, ce contrôle ne s'est pas démenti depuis[2009]. La Constitution de 1946 prévoyait explicitement en son article 26 que les conventions internationales avaient une force similaire à celle de la loi[2010]. Le raisonnement par analogie, ici posé par le constituant, ne pouvait que conduire le juge à procéder de même. L'acte administratif soumis à la loi doit aussi l'être à la convention qui lui est assimilée.

À l'article 26 de la Constitution de 1946 s'est substitué l'article 55 de la Constitution de

2007. Le ROY(M.), *L'extension du bloc de légalité administrative*, thèse, non publiée, soutenue à Tours, 2007, 519 pages.
2008.VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.), *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, Paris, 1991, 280 pages, p. 82 : « le principe de légalité est le principe de la soumission de l'administration au droit. L'expression « légalité » est trompeuse, car elle pourrait signifier que l'administration n'est soumise qu'à la loi. Certes […] la loi constitue une part importante de la légalité ; pendant longtemps, l'administration était principalement, si ce n'est même exclusivement, soumise à la loi, d'où l'expression « légalité », qui soulignait l'étroitesse de la relation entre la soumission de l'administration au droit et sa soumission à la loi. Désormais apparaissent des normes autres que la loi, que l'administration doit respecter autant que la loi : l'expression « légalité » est restée, mais elle a une portée plus large : elle englobe toutes les règles que l'administration doit respecter ». Voir aussi : VEDEL (G.), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1949, 616 pages, pp. 118-119.
TIMSIT (G.), « Compétence liée et principe de légalité », *Dalloz* 1964, pp. 217-222 : « on doit comprendre le principe de légalité dans son sens le plus extensif, c'est-à-dire comme signifiant que l'administration est soumise non seulement à la loi au sens formel mais également aux règles situées au-dessus et au-dessous d'elle dans la hiérarchie des actes ». (p. 217).
2009. CE, Ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, rec. 291.
2010. « Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises ».

1958. La rédaction a peu évolué, prévoyant dorénavant que de telles conventions ont une force supérieure à celle des lois[2011]. Pour ce qui est du contrôle des actes administratifs, cette précision ne pouvait qu'encourager le juge dans son contrôle[2012]. Cependant, plusieurs problèmes se sont posés au juge administratif.

Le premier découle de la nécessité de déterminer si les conditions donnant leur pleine effectivité aux conventions internationales sont réunies[2013]. Sur cette question, le contrôle du Conseil d'État ne fait qu'aller croissant. Il vérifie dorénavant si la convention a été dûment ratifiée, conformément aux dispositions de l'article 53 de la Constitution[2014] ; si elle a été publiée[2015] ; si elle est appliquée de façon réciproque par la ou les autres parties[2016]. De même, et si nécessaire, le Conseil d'État interprète, lui-même, les stipulations des conventions[2017]. Conduisant à une extension des possibilités de contrôle des actes administratifs, grâce à la jurisprudence *Nicolo* sur laquelle nous reviendrons, l'article 55 de la Constitution fonde une nouvelle mission pour le juge administratif : celle de veiller à ce que toutes les conditions de forme soient remplies pour rendre ces conventions invocables. Il devient le garant, tant sur le fond que sur la forme, du respect de l'article 55.

Plus largement d'ailleurs, il peut veiller à ce qu'une convention internationale soit interprétée conformément à la Constitution. Ainsi, dans l'arrêt *Koné*, déjà mentionné, le Conseil d'État relève que les stipulations de l'Accord de coopération franco-malien « doivent être interprétées conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République », en particulier ici l'interdiction de faire droit à une extradition ayant un but politique[2018]. C'est sur un fondement similaire que le Conseil d'État s'est appuyé, en formation consultative cette fois, pour rendre un avis négatif quant à la compatibilité de la décision-cadre 2002/584/Justice et affaires intérieures du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen[2019]. Si la procédure mise en place par la décision-

2011. « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».
2012. Pour un exemple : CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, rec. 152.
2013. Voir par exemple : ABRAHAM (R.), « Les traités en droit interne », *EDCE* 1992, pp. 279-286.
2014. CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL Parc d'activité de Blotzheim*, rec. 483. Auparavant, il contrôlait seulement l'existence de la ratification (CE, Ass., 16 novembre 1956, *Villa*, rec. 433) puis si elle avait été opérée par l'autorité compétente (CE, Ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator*, rec. 423).
2015. CE, Ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator*, rec. 423.
2016. CE, Ass, 9 juillet 2010, *Cheriet-Benseghir*, rec. 251.
2017. CE, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, rec. 171, GAJA 21e éd., n°88. Là aussi, auparavant, les difficultés résultant du sens à donner à des dispositions d'une convention faisaient l'objet d'un renvoi préjudiciel vers le ministre des Affaires étrangères (CE, Ass., 3 juillet 1933, *Karl et Toto Samé*, rec. 727).
2018. CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, rec. 255 ; *RFDA* 1996, pp. 870-881, concl. Delarue ; GAJA 21e éd., n°92.
Le décret n'ayant en l'espèce pas été adopté dans un tel but, il est déclaré légal par le Conseil d'État.
2019. Avis rendu par l'Assemblée générale, le 26 septembre 2002 (n°368.282, *EDCE*, 2003, p. 192 ; *Les grands avis du Conseil d'État*, 3e éd., Dalloz, Paris, 2008) .
LABAYLE (H.), « Le contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. L'entraide judiciaire

cadre permet de protéger les individus contre les extraditions politiques, en revanche aucune garantie n'existe contre les extraditions demandées dans le cadre d'infractions politiques. Ce principe fondamental reconnu par les lois de la République, déjà mis en évidence dans un avis du 9 novembre 1995, conduit le Conseil d'État à conclure à l'inconstitutionnalité de l'acte de droit dérivé[2020]. L'avis donnera lieu à la réforme constitutionnelle du 25 mars 2003, relative au mandat d'arrêt européen, et modifiant l'article 88-2 de la Constitution[2021]. L'arrêt *Koné*, en ce qu'il est rendu à l'issu d'une procédure contentieuse, peut être rapproché de l'arrêt *Lesourd*. En effet, il appartient au Conseil constitutionnel, aux termes de l'article 54 de la Constitution, de veiller à ce que les conventions internationales soient conformes au bloc de constitutionnalité avant d'être ratifiées. Le Conseil d'État n'opère, quant à lui, aucun contrôle du contenu du traité international au regard de la Constitution[2022]. Toutefois, la saisine n'étant pas automatique, et ne s'effectuant qu'*a priori*, elle apparaît incomplète. Là encore, et comme dans le cadre du contrôle de conventionnalité des lois, le Conseil d'État s'autorise à intervenir, par la voie de l'interprétation, afin de donner un sens au traité international qui soit conforme à la Constitution. C'est ce qui justifie, en l'espèce, que le juge administratif dégage un principe fondamental reconnu par les lois de la République, là où son commissaire du Gouvernement plaidait pour l'utilisation d'un principe général du droit[2023]. Le Conseil d'État a considéré ici que l'interprétation de la convention internationale ne pouvait s'opérer qu'en référence à une norme constitutionnelle, non à une norme infra-législative[2024].

Toutefois, un autre obstacle peut se dresser devant le contrôle de conventionnalité du juge. Bien que toutes les conditions de forme, rappelées à l'instant, soient remplies, il faut encore, pour rendre la convention invocable, qu'elle soit d'effet direct. En somme, et en l'absence de mesures d'application, la disposition conventionnelle doit remplir certaines conditions pour être invocable devant le juge de l'excès de pouvoir. Tout d'abord, elle doit être suffisamment précise. Il faut

européenne au Palais Royal », *RFDA* 2003, pp. 442-469 : ONDOUA (A.), « L'ordre constitutionnel français à l'épreuve de la décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen », *AJDA* 2003, pp. 1368-1374 ; DORD (O.), « La loi constitutionnelle du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen : une révision de trop ? », pp. 61-79 in *Le mandat d'arrêt européen*, sous la dir. de M.-E. Cartier, Bruylant, Bruxelles, 2005.
Sur le rôle joué par le Conseil d'État dans une telle procédure consultative, à vocation préventive : OGIER-BERNAUD (V.), « Les avis du Conseil d'État relatifs aux conventions internationales en cours d'élaboration : un contrôle de constitutionnalité préventif méconnu », *Les Petites Affiches*, 22 juillet 2002, pp. 4-16.
2020. Avis rendu par l'Assemblée générale (n°357344, *EDCE* 1995, p. 395 ; *Les grands avis du Conseil d'État*, 3e éd., Dalloz, Paris, 2008).
Toutefois, la décision-cadre respecte l'interdiction des extraditions demandées dans un but politique, et est donc conforme à la décision *Koné*.
2021. DORD (O.), « La loi constitutionnelle du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen : une révision de trop ? », *op. cit*.
2022. CE, Ass., 9 juillet 2010, *Fédération de la libre-pensée*, rec. 268, concl. Keller ; *RFDA* 2010, pp. 995-1002, note T. Rambaud et A. Roblot-Troizier ; *AJDA* 2010, pp. 1950-1956, note Legrand.
2023. *RFDA* 1996, pp. 870-881 ; *RFDA* 1996, p. 882 et s., les notes de L. Favoreu, P. Gaïa, H. Labayle et P. Delvolvé.
2024. Voir en particulier les notes de Louis Favoreu et Pierre Delvolvé.

également qu'elle ait pour objet de créer des droits au profit des individus. Sur cette question, le contrôle du juge administratif a évolué. Initialement, si une convention stipulait précisément n'avoir pour objet que de régir les relations entre les États parties, alors ces dispositions ne pouvaient avoir d'effet direct[2025]. Dans ce cas, le juge n'allait pas plus loin dans ses investigations, et s'en tenait à l'affirmation des signataires.

Le Conseil d'État a modifié sa jurisprudence, en 2012, dans l'affaire *GISTI*[2026]. Ne se sentant plus lié par une telle déclaration, il étudie la convention, stipulation par stipulation. Dès lors, est d'effet direct, celle qui « n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire ses effets à l'égard des particuliers ». Si cette appréciation s'effectue « eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes », l'absence d'effet direct « ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ». Le Conseil d'État porte son regard plus concrètement sur les dispositions de la convention, sans rejeter l'intention des parties. Si la méthode s'est renouvelée, la logique n'a pas disparu. Ainsi que nous l'avons dit pour les normes constitutionnelles, reconnaître l'effet direct ou non affecte le rôle joué par la disposition en cause. En ce qui concerne les normes internationales, la condition suivant laquelle elle doit prévoir un droit au profit des individus renforce la conclusion. Pour être invocable en tant que tel, elle doit être conçue comme un moyen de défense contre l'action administrative. À défaut, la norme non directement invocable aura seulement comme but d'être traduite, dans l'ordre interne, par les autorités compétentes. Les conditions posées à l'effet direct se justifient alors. Il serait intolérable qu'un droit créé au profit des individus, et suffisamment précis pour que le juge puisse veiller à son respect, soit laissé à la disposition des autorités publiques. C'est donc afin de garantir ce droit que le juge accepte de veiller à son respect.

Enfin, dernier obstacle, l'article 55 de la Constitution ne précise pas le sort qu'il faut réserver aux normes internationales qui ne sont pas des conventions internationales. Le Conseil d'État a cependant précisé que ni la coutume internationale ni les principes généraux du droit international ne peuvent faire échec à l'application d'une loi[2027]. Mais ces normes peuvent-elles, en l'absence de loi, fonder l'annulation d'un acte administratif ? Du fait de la faiblesse quantitative de contentieux sur cette question, aucun arrêt ne prend clairement position. Une partie de la doctrine déduit de

2025. CE, Sect., 23 avril 1997, *GISTI*, rec. 142.
2026. CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI*, rec. 142, concl. Dumortier, *RFDA* 2012, pp. 547-559 ; *RFDA* 2012, pp. 560-571 note M. Gautier ; *AJDA* 2012, pp. 936-943, chr. X. Domino et A. Bretonneau.
Voir pour une appréciation nuancée de l'innovation provoquée par cet arrêt : BURRIEZ (D.), « Retour sur les critères de l'effet direct depuis l'arrêt GISTI du Conseil d'État du 11 avril 2012 », *RFDA* 2015, pp. 1031-1040.
2027. Respectivement : CE, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, rec. 206 ; CE, 28 juillet 2000, *Paulin*, rec. 317.

l'invocabilité de ces normes en droit interne leur possible utilisation dans le contentieux de l'annulation[2028].

B. La soumission du législateur aux conventions internationales

Le problème est, là encore, celui de la loi-écran. Jusqu'en 1989, un acte administratif pris sur le fondement d'une loi ne pouvait être contesté au regard d'une convention internationale. Reposant sur l'impossibilité pour le juge administratif de contrôler la validité de la loi[2029], ce principe empêchait la pleine effectivité des normes internationales dans l'ordre interne. Ce, d'autant plus, que l'article 55 de la Constitution de 1958 prévoit explicitement la supériorité des traités sur les lois. Celle-ci a bien été reconnue pour ce qui est des lois antérieures à la convention internationale invoquée[2030]. Dans ce cas, le juge contrôle la conformité de la loi avec le traité, et en déduit la légalité ou l'illégalité de l'acte faisant application de la loi. Mais, le Conseil d'État refusait toujours de la reconnaître sur les lois postérieures[2031]. Un tel contrôle s'analysait, selon le juge administratif, en un contrôle de constitutionnalité de la loi, puisqu'il revenait en fait à vérifier sa conformité à l'article 55 de la Constitution[2032]. Après deux décennies de résistance, et face à la position divergente, en particulier, des autres juges internes, le Conseil d'État s'est retrouvé isolé[2033]. C'est, notamment, pour combler ce « vide juridictionnel » que le commissaire du Gouvernement Frydman

2028. DUBOUIS (L.), « Droit international et juridiction administrative », *Répertoire de droit international, Rubrique Droit international et juridiction administrative*, point 57.
Voir aussi : TEBOUL (G.), « Rapports entre le droit international non écrit et la loi ordinaire dans la jurisprudence administrative », *AJDA* 1993, pp. 720-727 ; CHAUVAUX (D.) et GIRARDOT (T.-X.), « Place de la coutume internationale en droit interne », *AJDA* 1997, pp. 570-575, voir p. 574-575 ; MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, thèse, Dalloz, Paris, 2003, 766 pages, pp. 169-179.
2029. CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, rec. 966.
2030. CE, 15 mars 1972, *Dame veuve Sadok Ali*, rec. 213.
2031. CE, Sect., 1er mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, rec. 149.
2032. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II, Dalloz, Paris, 783 pages, p. 305.
2033. Le Conseil constitutionnel a adopté une analyse différente de celle du Conseil d'État, refusant de voir dans le contrôle de conventionnalité des lois un contrôle de constitutionnalité de l'article 55 : CC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, rec. 19. Le juge constitutionnel y affirme que « les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des États signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ». Dès lors, « dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ».
La Cour de cassation va faire sienne cette analyse, quelques mois plus tard (Cass, Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, *Dalloz* 1975, p. 497).

proposa, dans une affaire *Nicolo*, de revenir sur cette position antérieure[2034]. Il sera suivi implicitement par le Conseil d'État. Sans en faire mention dans un considérant de principe, le juge administratif suprême accepte de confronter les dispositions de la loi du 7 juillet 1977 avec celles du traité de Rome, datant du 25 mars 1957. En définitive, si un acte administratif est pris sur le fondement d'une loi contraire à une convention internationale, la loi sera écartée du litige et l'acte administratif sera annulé. Ce n'est que depuis 2005 que le Conseil d'État rattache clairement ce contrôle au respect des dispositions de l'article 55[2035].

Abandonnée en ce qui concerne le contrôle de conventionnalité, la théorie de la loi-écran garde toute son actualité pour ce qui est du rapport entre l'acte législatif et la Constitution[2036]. Il est intéressant de faire un parallèle entre les conclusions de Latournerie sur l'arrêt *Arrighi* et les conclusions de Patrick Frydman sur l'arrêt *Nicolo*. Dans les premières, le commissaire du Gouvernement invoquait, entre autres arguments, le risque pour le Conseil d'État de contrôler la loi[2037]. En clair, dans un tel cas, il aurait pu entrer en conflit avec le Parlement et voir sa position ébranlée. À l'inverse, dans ses conclusions, Patrick Frydman, reprenant les craintes de Latournerie, rappelle que désormais la position du Conseil d'État est constitutionnellement protégée. Fort de son assise constitutionnelle, le juge administratif peut, sans crainte, contrôler la conventionnalité de la loi[2038]. On perçoit alors la double importance de la Constitution dans l'évolution de l'office du juge : elle lui attribue la compétence, mais aussi la protection nécessaire, pour contrôler l'acte de volonté du Parlement. En cela, elle participe encore un peu plus à la remise en cause du dogme de la loi. La Constitution fait que le Conseil d'Etat est « devenu juge de la loi »[2039].

Toutefois, la confrontation entre loi et convention internationale s'opère seulement quant au contenu de la première. En effet, le Conseil d'État refuse de contrôler la conformité de la procédure législative au regard d'une convention internationale[2040]. Il veille, avant tout, à ce que le Parlement

2034. CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, rec. 190 ; *RFDA* 1989, pp. 813-823, concl., Frydman (citation p. 818) ; pp. 824-833, note B.Genevois ; pp. 993-999, note L. Favoreu ; pp. 1000-1008, note L. Boulouis ; GAJA 21e éd., n°86.
2035. CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, rec. 1 : « que pour la mise en œuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application, de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article ».
L'utilisation de cet article comme fondement au contrôle de conventionnalité de la loi par le juge administratif avait été proposée par Patrick Frydman, dans ses conclusions sur l'arrêt *Nicolo* (*op. cit.*).
2036. CE, Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, rec. 368, concl. Stirn. Ici, tout en opérant le nouveau contrôle de conventionnalité de la loi, le juge refuse le contrôle de constitutionnalité de celle-ci.
2037. *RDP* 1936, p. 678.
2038. *RFDA* 1989, p. 819.
2039. CHAPUS (R.), « L'administration et son juge. Ce qui change », *EDCE* 1991, pp. 259-276, p. 275.
2040. CE, 27 octobre 2015, *M. Allenbach et autres*, (3 espèces) rec. 367 ; *AJDA* 2015, pp. 2374-2381, chron. O. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet.
Voir aussi : CE, 13 février 2013, *Fédération des employés et cadres de la CGT-Force ouvrière*, rec. t. 859.

ne déborde pas le cadre fixé par le droit international. Plus exactement, il s'agit d'éviter que l'administration agissant sur le fondement d'une telle loi ne puisse s'écarter des limites du droit international. Dès lors, si le juge de l'excès de pouvoir contrôle la loi ce n'est que dans cette optique. Le Conseil d'État n'est pas devenu un organe de contrôle direct du Parlement. Il reste le juge de l'administration, dotée d'une mission constitutionnelle : faire respecter l'article 55.

En l'absence d'un tel fondement, le rôle du juge anglais vis-à-vis du droit international est plus ambivalent. Tiraillé entre le respect de la volonté du Parlement, et la nécessité de permettre le respect des obligations internationales, il a su développer une jurisprudence diminuant les effets du dualisme de l'ordre juridique.

II. La réception du droit international dans la jurisprudence anglaise : le dualisme en question

Le dualisme est, avec l'abrogation implicite, l'un des deux principes découlant de la souveraineté du Parlement. Il structure les relations entre droit interne et droit international. En conséquence, le rôle des juges apparaît ici particulièrement faible. Ce qu'ils peuvent appliquer est toujours du droit national, et ce, en vertu de la volonté du Parlement (A.). Malgré la rigidité et l'importance de ce principe, les juges ont pu toutefois développer certaines pratiques visant à enrichir le droit grâce aux normes internationales. Visant avant tout à permettre au Royaume-Uni d'être en conformité avec ses obligations internationales, ils ont inscrit leur jurisprudence dans le cadre du respect de la souveraineté du Parlement. Aucune rupture n'est ici apparente ; les juges continuent de respecter la volonté du Parlement L'interprétation des lois constitue, à cette fin, un outil simple et efficace, dont le juge repousse continuellement les limites. Il peut aussi réceptionner certaines normes internationales par le développement de la *common law*, là aussi dans le respect de la volonté du Parlement (B.).

A. Le dualisme, composant de la souveraineté du Parlement

L'organisation de l'ordre juridique sur la base du dualisme découle, en droit anglais, de la souveraineté du Parlement[2041]. De façon très simple, l'idée est qu'une convention internationale, bien

2041. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, pp. 7-11 ; BIRKINSHAW (P.), « Relations between Parliament, Government and the Courts on supranational affairs », pp. 47-85 in *Le Droit Public Britannique :*

que signée et ratifiée, ne produit pas d'effet en droit interne en l'absence d'une loi. L'adhésion positive du Parlement est requise. En incorporant le traité en droit interne, via un acte législatif, il ouvre la possibilité pour les individus d'en invoquer les dispositions devant les cours. Sans cela, le traité peut obliger l'État britannique, mais uniquement sur la scène internationale. Le dualisme est ainsi fortement lié à la souveraineté du Parlement, et à la séparation des pouvoirs. Seul le Parlement peut créer du droit. La reconnaissance d'un effet direct aux traités internationaux en droit interne remettrait en cause ce dogme. Cela ouvrirait la possibilité à l'exécutif, acteur privilégié dans les relations internationales, de créer du droit en signant des accords avec d'autres États.

Les évolutions récentes du droit anglais tendent à l'affaiblissement de la souveraineté du Parlement[2042]. Les juges sont des acteurs importants de ce mouvement. Cela n'est pas étonnant puisque leur rôle est de plus en plus ancré dans un contexte juridique dépassant le seul cadre national. La diversification des sources du droit devait nécessairement se faire ressentir. Bien loin de rendre leur système totalement hermétique, ils ont su contourner les obstacles dressés par le dualisme de l'ordre juridique.

B. Les différents procédés de réception du droit international par la jurisprudence : le respect continuel de la volonté expresse du Parlement

Bien qu'il constitue un principe cardinal du droit public anglais, le dualisme a été quelque peu assoupli par les cours[2043]. Celles-ci ont de plus en plus facilement accepté que des normes de

---

État des Lieux et Perspectives, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit.* ; FELDMAN (D.), « The Internationalization of Public law and Its Impact on the UK », pp. 134-165 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.

Pour une affirmation récente en jurisprudence : *R. (on the application of Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, [55] – [57] (Lord Neuberger) ; [182] – [183] (Lord Reed).

2042. Ce thème a été largement abordé par Murray Hunt, dans son ouvrage de référence *Using Human Rights Law in English Courts* (*ibid*.).

Voir également : DOOKHY(P.) et DOOKHY (R.), « Le développement du contentieux de la loi en Angleterre », *RFDA* 1999, pp. 159-170 ; ELLIOTT (M.), « The Principle of Parliamentary Sovereignty in Legal, Constitutional, and Political perspective », pp. 38-66 in *The Changing Constitution*, 8e éd., *ibid*.

2043. Sur cette question, voir en général : HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.* ; FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, Hart Publishing, Oxford, 2005, 447 pages.

Voir également le dossier publié dans le rapport public du Conseil d'État de 1992 : « L'Europe : Rencontre entre la Chambre des Lords et le Conseil d'État », *EDCE* 1992, pp. 263-332.

Il reste toutefois le principe cardinal, même concernant les traités portant sur les droits de l'Homme. Pour un état des lieux critique sur cette question : MALKANI (B.), « Human rights treaties in the English legal system », *PL* 2011, pp. 554-576.

Certains juges font valoir un point de vue plus enclin à la reconnaissance de l'effet direct de tels traités : voir les jugements dissidents de Lord Kerr et Lady Hale dans l'affaire *R. (on the application of SG) v. Secretary of State for Work and Pensions (Child Poverty Action Group)* ([2015] UKSC 16) ainsi que le commentaire de Peter Laverack

droit international, n'ayant pas été incorporées par une loi, puissent avoir un effet en droit interne. Deux choses sont tout à fait remarquables. Tout d'abord, les juges entreprennent ce travail de réception au nom de la *common law*. Aucune loi ne vient légitimer cette œuvre. Ensuite, la tendance générale est à l'assouplissement des conditions de réception des normes supra-nationales. Les juges n'hésitent pas à utiliser des pans du droit international, non incorporés en droit interne, pour développer le droit interne, soit par la voie de l'interprétation des lois (2.), soit par l'enrichissement de la *common law* (1.).

1. Le développement de la *common law* par les juges au regard des obligations internationales

Le droit international, au sens général, jouit d'un statut particulier en droit interne[2044]. Les deux grands pans de ce droit, la coutume internationale et les traités internationaux, ont un impact, sans qu'une loi soit obligatoirement nécessaire. Plus spécifiquement, concernant la première, les juges considèrent que ces normes, lorsqu'elles sont reconnues, font partie de la *common law*[2045]. C'est ainsi qu'en 1939, Lord Atkin pouvait affirmer : « les cours reconnaissent l'existence d'un corps de règles acceptées par les Nations »[2046]. L'acceptation des règles internationales coutumières, par le truchement de la *common law*, a plusieurs conséquences en droit interne. Trois sont ici pertinentes. Tout d'abord, si une telle règle est contraire à une loi, cette dernière prévaut[2047]. Il en va de même si une loi régit déjà le domaine concerné par la coutume, mais en des termes différents[2048]. Dès lors,

(« International human rights law in judicial review : Moohan v Lord Advocate and R. (on the application of JS) v Secretary for Work and Pensions as guides to the present and the post-Human Rights Act legal landscapes », *EHRLR* 2016, pp. 73-81) ; BJORGE (E.), « Can unincorporated treaty obligations be part of English Law ? », *University of Oslo Faculty of Legal Studies Resarch Paper*, n°2017-18, 32 pages.
Il n'en reste pas moins qu'il trouve encore aujourd'hui des partisans, s'opposant à l'effet direct des traités : SALES (P.) et CLEMENT (J.), « International law in domestic courts : the developing framework », *LQR* 2008, pp. 388-421.
2044. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, pp. 1-43 ; FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, *op. cit.* ; BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, OUP, Oxford, 2015, 264 pages, pp. 92-94 ; FELDMAN (D.), « The Internationalization of Public law and Its Impact on the UK », *op. cit.*, in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*
2045. Lord Bingham fait ressortir deux critères d'identification des règles de coutume internationale : il faut une pratique générale et constante des États ; la pratique doit être considérée comme obligatoire (*opinio juris*) (*European Roma Rights Centre* [2004] UKHL 55, [23]). Dès lors, la règle coutumière ne peut être appliquée que lorsqu'elle est fermement admise sur la scène internationale (*R. (on the application of Keyu) v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Affairs* [2015] UKSC 69, [113] – [116] (Lord Neuberger) et [302] (Baroness Hale) : la coutume obligeant les États de mener des enquêtes sur le meurtre de civils par des soldats n'existait pas au moment des faits étudiés. Était en cause la mort de vingt-quatre civils causée par des soldats britanniques, en Malaisie, en 1948. Les Lords relèvent que la règle coutumière n'est apparue qu'à la fin des années 1990).
Par exemple, ont été reconnues comme tel la prohibition de la torture ou l'immunité d'un chef d'État contre des procédures pénales (*R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrates, ex p. Pinochet (No. 3)* [2000] 1 AC 147).
Voir : FELDMAN (D.), *ibid.*, pp. 142-145.
2046. *Chung Chi Cheung v. The King* [1939] AC 160, p. 168.
2047. *ibid*.
2048. *R. (on the application of Keyu) v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Affairs* [2015] UKSC 69,

l'incorporation de la coutume internationale au sein de la *common law* ne se fait pas automatiquement, mais après étude de sa compatibilité avec le droit interne[2049]. Ensuite, traduire la coutume en termes de *common law* permet de lui donner une légitimité. En cela, sa reconnaissance « n'est pas plus une atteinte au monopole législatif du Parlement que l'existence de la common law elle-même »[2050]. Enfin, elle est invocable directement, comme une règle classique de *common law*. La coutume internationale se confond avec elle ; elle en est une partie non une source[2051]. Les juges, sous l'impulsion de Lord Denning, ont été plus loin. Il a été admis que lorsqu'elle évolue, la règle de coutume internationale ne perd pas son statut en droit interne. Étant déjà une partie de la *common law*, sa nouvelle dimension s'y incorpore automatiquement[2052].

Pour ce qui est des traités internationaux, leur incorporation par voie juridictionnelle est plus compliquée. Les traités ne peuvent être invoqués devant les cours ; ils n'ont pas d'effet direct ; ils ne créent aucun droit ou obligation en droit interne[2053]. Toutefois, les juges ont pu contourner cette barrière en faisant appel à la *common law*, en prenant acte des obligations internationales issues des traités pour la développer[2054]. Récemment, Lord Lloyd Jones a rappelé la possibilité pour les juges de développer la *common law* au regard des obligations internationales du Royaume-Uni[2055]. Toutefois, il ferme la porte à un tel cas de figure lorsque le traité a été partiellement incorporé par une loi. Les dispositions de ce dernier n'étant pas concernées ne peuvent pas être utilisées par les

[111] – [122] (Lord Neuberger ; [144] – [151] (Lord Mance) ; [268] – [270] (Lord Kerr).

2049. *R. (on the application of Keyu) v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Affairs* [2015] UKSC 69, [144] – [151] (Lord Mance).

2050. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, p. 13.

2051. BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, *op. cit.*, p. 95.

R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrates, ex p. Pinochet (No. 3) [2000] 1 AC 147, p. 279 : Lord Phillips y affirme que les principes de droit international public « constituent un pan de notre common law ».

R. v. Jones (Margaret) [2006] UKHL 16, [11] : Lord Bingham considère que ce principe a « une autorité forte et ancienne ». Le Lord cite d'ailleurs plusieurs décisions anciennes à l'appui de son propos. Il relève notamment que la règle coutumière ne doit pas affecter négativement les droits des individus.

R. (on the application of Keyu) v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Affairs [2015] UKSC 69, [144] – [151] (Lord Mance) : l'incorporation des principes de coutume internationale par le biais de la *common law* a été réaffirmée par le Lord.

Toutefois, certains auteurs adoptent un point de vue différent. Ils considèrent que le droit international coutumier ne fait pas partie de la *common law*, mais en est une source de développement puisque les juges en filtrent les principes : SALES (P.) et CLEMENT (J.), « International law in domestic courts : the developing framework », *op. cit.*, notamment pp. 413-420.

Sur l'opposition entre « incorporation » et « transformation » de la règle coutumière par la *common law*, voir : FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, *op. cit.*, 405-410.

2052. *Trendtex v. Central Bank of Nigeria* [1977] QB 529, pp. 553-554.

2053. *J.H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418 ; *R. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] 1 AC 696, pp. 761-762 (Lord Ackner) ; *R. v. Lyons* [2002] UKHL 44, [27] (Lord Hoffmann).

FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, *op. cit.*, pp. 269-288 ; FELDMAN (D.), *ibid.*

2054. *R. v. Lyons* [2002] UKHL 44, [13] (Lord Hoffmann) ; *R. (on the application of SG) v. Secretary of State for Works and Pensions* [2015] UKSC 16, [137] (Lord Hugues).

FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, *op. cit.*, pp. 341-356.

2055. *R. (on the application of Al-Saadoon & others) v. Secretary of State for Defence* [2016] EWCA Civ 811, [200].

juges. Cela reviendrait à remettre en cause la volonté du Parlement de ne pas incorporer tous les aspects du traité en cause. La souveraineté de l'organe législatif s'y oppose.

2. L'interprétation de la loi conformément aux obligations internationales

Là encore, les juges ne vont pas rester inactifs. En utilisant les principes d'interprétation issus de la *common law*, ils vont s'attacher à rendre la loi conforme aux obligations internationales souscrites par le Royaume-Uni[2056]. Cette pratique permet de concilier deux exigences *a priori* contraires : la souveraineté du Parlement et le respect des normes internationales.

En effet, lorsqu'une loi manque de clarté, il revient aux juges d'en donner le sens. Plusieurs approches peuvent être utilisées : les juges peuvent donner son sens littéral à la loi, quels que soient les effets provoqués ; ils peuvent adopter une démarche plus téléologique et rechercher les défauts que la loi souhaitait corriger et l'interpréter en ce sens ; enfin, les juges peuvent interpréter la loi afin d'éviter des conséquences trop absurdes ou injustes[2057]. Ces règles dénotent l'importance de la *common law*. L'interprétation littérale a vocation, certes, à retranscrire la volonté du Parlement, mais entre plusieurs sens possibles, les juges retiennent le plus strict. Cela permet d'éviter les empiétements législatifs excessifs sur le droit jurisprudentiel. La règle visant à éviter les absurdités de la loi, quant à elle, laisse une grande part d'interprétation et de pouvoir discrétionnaire aux juges. L'approche téléologique nécessite d'identifier les buts poursuivis par l'auteur du texte. En plus de laisser là encore une grande marge de manœuvre à l'interprète, elle peut faire varier grandement le champ d'application du texte.

La portée pouvant être reconnue aux traités internationaux non incorporés en est une preuve flagrante. Les juges vont partir d'une présomption : le Parlement, en légiférant, a entendu se conformer aux obligations internationales du Royaume-Uni[2058]. C'est ce qui ressort l'opinion de

2056. FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, *op. cit.*, pp. 293-339.
D'ailleurs, le même principe existe au regard des règles internationales coutumières : les juges peuvent interpréter une loi afin d'y être conforme. Voir : FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, *op. cit.*, pp. 443-446.
2057. LEVY-ULLMANN (H.), *Le système juridique de l'Angleterre*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 1928, ré-édition de 1999, 574 pages, pp. 376-381 ; WILLIAMS (D.G.T.), « Statute Law and Administrative Law », *Statute Law Review* 1984, pp. 157-168 ; DAVID (R.), *Le droit anglais*, 10e éd, 2003, PUF, Paris, 128 pages, pp. 71-73 ; SERVIDIO-DELABRE (E.), *The Legal System of a Common Law Country*, 2e éd., Dalloz, Paris, 2014, 478 pages, pp. 69-77 ; HARVEY (M.), KIRBY-LEGIER (C.), CHARRET-DEL BOVE (M.), *Droit anglais et droit américain*, Armand Collin, Paris, 2015, 192 pages, pp. 19-21.
Pour un point de vue historique du pouvoir d'interprétation des juges : PLUCKNETT (T.), « L'interprétation des lois (statuts) », trad. Auguste Murat, pp. 434-449 in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lamber*t, t. I, Sirey et LGDJ, Paris, 1938.
2058. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, pp. 13-16 ; FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, *op. cit.*, pp. 293-339 ; FELDMAN (D.), « The Internationalization of Public law and Its

Diplock dans l'affaire *Salomon* tranchée en 1967[2059]. Deux étapes peuvent être identifiées dans son raisonnement. La première constitue un rappel des principes du dualisme : « […] le traité, n'étant pas exécutable de lui-même en droit anglais, n'est pas pertinent devant les cours anglaises jusqu'à ce que le Gouvernement de Sa Majesté ait pris les dispositions nécessaires par voie de législation pour respecter ses obligations inscrites dans le traité »[2060]. En revanche, s'interrogeant sur le rapport possible entre une loi prise en lien avec les obligations internationales prescrites dans le traité, et ce traité non incorporé, le juge précise : « Si les termes de la loi ne sont pas clairs mais peuvent avoir plusieurs sens raisonnables, le traité devient pertinent, car il existe une présomption de principe selon laquelle le Parlement ne souhaite pas violer le droit international, ce qui inclue des dispositions spécifiques d'un traité ; si l'un des sens raisonnablement possibles est conforme aux obligations du traité, et le ou les autre(s), alors le sens conforme doit être préféré. Ainsi, dans le cas où la loi manque de clarté, les termes du traité sont pertinents pour permettre à la cour de retenir l'un des sens possibles en appliquant cette présomption »[2061]. Le Lord formule le principe d'interprétation conforme d'une loi au regard des obligations internationales de l'État. Toutefois, et comme le suggère cette dernière citation, plusieurs conditions existent : il faut que la loi soit ambiguë et qu'elle apparaisse comme ayant été prise pour respecter les obligations découlant du traité[2062]. Le traité international non incorporé apparaît alors comme un instrument aidant à l'interprétation de la loi. Si plusieurs choix s'offrent aux juges quant au sens à lui donner, ceux-ci regardent le traité visé et choisissent le sens y étant le plus conforme. À l'inverse, une loi claire ne requiert pas une telle approche[2063]. La souveraineté du Parlement interdit alors aux juges de la remettre en cause, au risque d'aller contre la volonté clairement exprimée du législateur. Toutefois, la ligne entre une loi claire et une loi ambiguë n'est pas toujours facile à tracer. Elle dépendra notamment de la volonté des juges d'aligner le droit interne sur les obligations internationales

---

Impact on the UK », pp. 160-161 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.
Pour une affirmation récente : *Assange v. The Swedish Prosecution Authority* [2012] UKHL 22, [10] (Lord Phillips) ; [176] (Lady Hale) ; [201] – [206] (Lord Mance).
2059. *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise* [1967] 2 QB 116.
R. (on the application of Mullen) v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 18.
2060. *ibid*., p. 143.
2061. *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise* [1967] 2 QB 116, pp. 143-144.
Lord Diplock a réaffirmé sa position quelque temps après : *Post Office v. Estuary Radio Ltd* [1968] 2 QB 740, p. 757.
Elle a été reprise avec approbation par Lord Denning : *Corocraft Ltd. v. Pan American Airways Inc* [1969] 1 QB 676, p. 653. Le Lord avait déjà défendu une idée similaire dans *Salomon* (p. 141.)
Certains juges avaient auparavant déjà mentionné cette possibilité d'interprétation conforme : *Smith v. East Elloe Rural District Council* [1956] AC 736, p. 765 (Lord Reid) : lorsqu'une loi contient des termes très généraux, le Lord considère qu'il faut partir de la présomption selon laquelle le Parlement n'a pas voulu agir en contrariété avec le droit international.
2062. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, p. 15.
2063. *Corocraft Ltd. v. Pan American Airways Inc* [1969] 1 QB 676, p. 653 (Lord Denning) : le Lord distingue l'affaire à résoudre d'une autre dans laquelle la cour a refusé de prendre en compte un traité non incorporé. Selon lui, dans ce second cas, la loi était claire et aucune interprétation n'était nécessaire.
Voir également : *Laker Airways v. Department of Trade* [1977] QB 643.

pesant sur le Royaume-Uni[2064]. En somme, le droit international contenu dans les traités ne fait pas partie du droit interne. Il peut être utilisé quand cela est utile et pertinent par les juges[2065].

Dans tous les cas, les conséquences du dualisme ne sont pas absolues. Les juges reconnaissent, dans certaines circonstances, qu'un traité non incorporé puisse avoir un impact en droit interne, en usant des principes d'interprétation découlant de la *common law*. Notons pour terminer que la question de l'autorité compétente pour interpréter le traité ne pose pas de difficulté particulière en droit anglais. De longue date, il est reconnu qu'il s'agit d'une question appartenant aux cours lorsque le traité s'applique en droit interne ou est utilisé pour interpréter une loi[2066].

2064. Certains juges, dont Lord Diplock, vont même jusqu'à abandonner ces conditions. Ainsi, sans que la loi ne soit ambiguë, elle devra être interprétée de façon conforme aux traités. Là encore, c'est en usant de la présomption selon laquelle le Parlement n'a pas entendu violer les obligations internationales qu'agissent les juges (*Garland v. British Rail Engineering Ltd*. [1983] 2 AC 751, p. 771 notamment).
Toutefois, la position classique, s'appuyant sur l'ambiguïté de la loi a été réaffirmée depuis : *J.H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418, pp. 476-477, et p. 483 (Lord Templeman) et pp. 499-501 (Lord Oliver). Les deux Lords y voient la meilleure façon de faire respecter la souveraineté du Parlement et la séparation des pouvoirs.
Voir sur cette question : HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, pp. 17-25 ; FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, *op. cit.*, pp. 296-316 ; BIRKINSHAW (P.), « Relations between Parliament, Government and the Courts on supranational affairs », p. 72 et DUCOULOMBIER (P.), « Les rapports entre le droit britannique et le droit de l'Union Européenne : le point de vue français », pp. 241-264 in *Le Droit Public Britannique : État des Lieux et Perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit*.
2065. BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, *op. cit.*, p. 94.
De même, dans son utilisation du pouvoir discrétionnaire, l'administration peut choisir de se conformer à certains traités internationaux non incorporés. Ces éléments font alors partie intégrante de la troisième catégorie d'éléments pertinents, c'est-à-dire ceux que l'administration peut, mais n'est pas obligée, de prendre en compte : SALES (P.) et CLEMENT (J.), « International law in domestic courts : the developing framework », *op. cit.*, pp. 404-407.
2066. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, p. 249 ; FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, *op. cit.*, pp. 79-128 ; BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, *op. cit.*, pp. 94-108.
Voir : *R. v. Lyons* [2002] UKHL 44, [27] (Lord Hoffmann) : lorsque le traité est incorporé en droit interne, les cours anglaises l'interprètent et ne sont pas liées par les interprétations provenant des organes internationaux.

Section III. Les juges face au défi de l'invocabilité du droit et des principes structurants de l'Union européenne

Le droit de l'Union européenne joue un rôle à part en droit français et en droit anglais. Par sa volonté d'intégration, il impose des obligations, mais également des mécanismes de contrôle, particulièrement poussés. Le sujet est d'importance. La place prise par le droit de l'Union européenne dans le droit interne va croissante. Nombre de droits détenus par les individus y trouvent leur source. Nous le verrons ensuite, mais immanquablement le juge se trouve en position de garant du droit de l'Union. Sous l'influence de la Cour de Justice de l'Union européenne, son contrôle évolue. Plus que la dimension substantielle, ce qui est intéressant c'est la place réservée aux juges comme vecteur des obligations européennes auprès des institutions étatiques. En France, comme en Angleterre, cela leur demande de se muer en juge de l'Union européenne.

Deux problèmes particuliers se sont posés. La Cour de Justice structure l'ordre juridique de l'Union autour de deux principes : l'effet direct de certaines normes et surtout la primauté du droit de l'Union sur les droits internes[2067].

Ainsi, les juges ont dû faire face à la question de l'invocabilité des normes européennes. En particulier, les problèmes posés par les directives non-transposées ont été similaires dans les deux ordres juridiques. Toutefois, grâce à une utilisation particulièrement constructive de l'interprétation, les juges anglais ont plus facilement assimilé ces actes en droit interne. Le Conseil d'État, longtemps réticent, a fait progressivement évoluer sa jurisprudence, et ce, afin de la mettre en conformité avec la jurisprudence de la Cour de Justice (I.).

Une autre problématique similaire, mais non identique pour les deux ordres juridiques nationaux, s'est posée : celle de la conciliation entre les normes européennes et les principes constitutionnels structurants de chaque ordre juridique. Notamment, le Conseil d'État a construit un mécanisme particulier afin de garantir un certain contrôle de constitutionnalité des actes de transposition, tout en soumettant le législateur aux exigences européennes. De l'autre côté de la Manche, les juges ont dû concilier le contrôle de la loi au regard des obligations européennes, avec la souveraineté du Parlement. Il s'agissait, là aussi, de veiller à ce que le principe constitutionnel fondamental ne soit pas remis en cause par le droit de l'Union (II.).

2067. Respectivement : CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, C-26/62, rec. p. 3 ; CJCE, 15 juillet 1964, *Costal c. ENE*L, C-6/64, rec. p. 1141 et CJCE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA (No. 2)*, C-106/77 rec. p. 629.

I. La position des juges français et anglais face au défi de l'invocabilité des normes de droit de l'Union européenne : une position aujourd'hui similaire

Sans être un problème en soi, le statut particulier attribué au droit de l'Union européenne pose des questions spécifiques. Sur ce sujet, le Conseil d'État a pu éprouver de nombreuses difficultés à garantir l'invocabilité des directives européennes, lorsque celles-ci n'avaient pas été transposées. Ce n'est que relativement récemment qu'il a admis pleinement la position de la Cour de Justice sur ce sujet (A.). La question de l'invocabilité a également posé des difficultés en droit anglais. Toutefois, par le biais de l'utilisation très constructive de l'interprétation de la loi, les juges ont su concilier le respect des normes européennes avec le respect de la volonté du parlement (B.).

A. La problématique de l'invocabilité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir : une question difficilement résolue

L'invocabilité des normes européennes a pu poser problème, notamment concernant les directives. En effet, pour ce qui est des règlements communautaires, leur effet direct a été facilement reconnu, puisqu'il est un élément de définition de ces actes[2068]. En revanche, les directives nécessitent, par nature, une transposition dans l'ordre interne[2069].

La question s'est alors posée de savoir dans quelle mesure une directive non transposée pouvait être invocable devant le juge administratif. Celui-ci a tout d'abord adopté une position réfractaire à la reconnaissance d'une possible utilisation d'une directive non transposée pour former un recours contre un acte administratif. Dans son arrêt *Cohn-Bendit* de 1978, le Conseil d'État relève que « quelles que soient […] les précisions qu'elles contiennent à l'intention des États membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces États à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel »[2070]. À cette position ferme, s'opposait celle, tout aussi ferme, mais strictement inverse, de la Cour de Justice des Communautés européennes. Dans ses arrêts *Société SACE* et *Van Duyn*, la Cour de Justice reconnaît l'invocabilité des directives par les individus, contre les États, sans condition particulière[2071]. Revenant progressivement sur

2068. L'article 288 al. 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que « le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre ».
2069. L'alinéa 3 de l'article 288 prévoit, en effet, que « la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».
2070. CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit*, rec. 524.
2071. CJCE, 17 décembre 1970, *Société SACE*, rec. 1213.

cette position, la Cour de Justice admet de soumettre l'invocabilité des directives non-transposées à la double condition qu'elles soient suffisamment précises et inconditionnelles, et que le délai de transposition soit dépassé[2072].

Sans remettre en cause sa jurisprudence *Cohn-Bendit*, le Conseil d'État va opérer un rapprochement progressif en admettant de plus en plus facilement que soit invoquée une directive non transposée contre un acte réglementaire, et contre un acte individuel, par la voie de l'exception[2073]. Le juge va même jusqu'à reconnaître la possibilité pour un requérant de se prévaloir de l'incompatibilité entre la jurisprudence et une directive communautaire[2074]. À ce moment, les directives communautaires non transposées ne peuvent être directement invocables contre un acte administratif individuel. Elles peuvent servir de fondement à un recours pour excès de pouvoir seulement contre un acte réglementaire. Certes, par le biais de l'exception d'illégalité, le juge peut conclure à l'illégalité d'un acte individuel. Néanmoins, il se contentait de veiller à ce qui est censé être l'objectif premier des directives communautaires : influer sur la législation et la réglementation interne. Elles n'ont en principe pas vocation à créer des droits, leur effet direct ne peut alors pas être reconnu. La carence de l'État dans la transposition ne peut fonder l'annulation directe d'un acte individuel.

Finalement, c'est par un arrêt *Perreux* de 2009 que le Conseil d'État s'aligne sur la position de la Cour de Justice[2075]. Dorénavant, « tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires ». Le Conseil d'État a fait siennes les conditions d'invocabilité des directives posées par la Cour de Justice. Cet arrêt a aussi été l'occasion pour le juge administratif suprême de résumer l'ensemble des voies d'actions possibles contre les actes administratifs contestés au regard des directives communautaires[2076]. Ces dernières bénéficient d'un statut

2072. CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, rec. 1629.
2073. CE, 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, rec. 410 ; CE, 8 juillet 1991, *Palazzi*, rec. 276.
Voir : CASSIA (P.), « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu », *RFDA* 2002, pp. 20-32 ; DUBOUIS (L.), « Bref retour sur la longue marche du Conseil d'État en terres internationales et européennes », pp. 391-402 in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009 ; GUYOMAR (M.), « Vingt ans après. D'Alitalia (1989) à Perreux (2009) : retour sur 20 ans de jurisprudence du Conseil d'État, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union Européenne », pp. 261-279 notamment pp. 270-273 in *Le service public. Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, Paris, 2016.
2074. CE, Ass., 6 février 1998, *Tête*, rec. 30.
2075. CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, rec. 407 ; GAJA 21e éd., n°109.
2076. Le Conseil d'État précise, en effet, que « tout justiciable peut en conséquence demander l'annulation des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives et, pour contester une décision administrative, faire valoir, par voie d'action ou par voie d'exception, qu'après l'expiration des délais impartis, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister des dispositions réglementaires, ni continuer de faire application des règles, écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs définis par les directives ».

particulier. Une fois le délai de transposition dépassée, et en cas de carence complète de l'État, la directive est directement invocable sous condition de précision et d'inconditionnalité, et dès lors qu'elle vient créer un droit au profit des individus.

Deux points doivent être relevés concernant cette jurisprudence *Perreux*. Le Conseil d'État s'appuie sur l'article 88-1 de la Constitution, et sur l'obligation de transposition des directives, pour fonder juridiquement sa position. De plus, il opère ce contrôle entre directive communautaire et actes administratifs en tant que « juge national juge de droit commun de l'application du droit communautaire ». À ce titre, le juge administratif est en première ligne pour veiller à ce que l'administration respecte les obligations découlant du droit de l'Union. Dit autrement, « l'ensemble des nouveaux pouvoirs qu'il s'est reconnus ne constitue […] que la traduction juridictionnelle des devoirs juridiques qui s'imposent au juge ordinaire national »[2077]. Cela renforce tant la légitimité du juge à opérer ce contrôle, que les contraintes pesant sur l'action administrative.

B. La réception de la jurisprudence de la Cour de Justice : la possibilité pour le juge anglais de pallier le manque d'effet direct du droit de l'Union européenne

L'appartenance aux institutions de l'Union européenne illustre également la souplesse de la règle du dualisme. Le *European Communities Act* de 1972 joue le rôle de loi d'incorporation. Le Royaume-Uni doit donc se plier à ses exigences. Les normes européennes sont invocables devant les cours lorsqu'elles ont un effet direct. Aucun problème ne se pose alors eu égard au dualisme[2078].

Cependant, les obligations pesant sur les États membres dépassent le simple cadre de ces actes. En effet, la Cour de Justice a posé, dans son arrêt *Von Colson*, étendu et précisé par le jugement *Marleasing*, une obligation d'interprétation conforme d'une loi au regard des objectifs d'une directive non transposée[2079]. En somme, les cours doivent pallier les carences de l'État dans le

2077. GUYOMAR (M.), *ibid*., p. 279.
Voir aussi : SIMON (D.), « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », pp. 481-493 in *L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991 ; GALMOT (Y.), « Évolutions récentes du droit administratif français sous l'influence du droit communautaire », *EDCE* 1992, pp. 305-312, p. 310.
2078. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, pp. 44-88 ; FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, *op. cit.*, pp. 187-229 ; BRADLEY (A.), « The sovereignty of Parliament – Form or Substance ? », pp. 52-56 in *The Changing Constitution*, 7e éd., sous la dir. de J. Jowell et D. Oliver, *op. cit.* ; BIRKINSHAW (P.), « Relations between Parliament, Government and the Courts on supranational affairs », pp. 73-75 in *Le Droit Public Britannique : État des Lieux et Perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit* ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 273-295.
2079. CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83, rec. p. 1891 ; CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, C-106/89, rec., p. 4135.

respect des obligations communautaires[2080], notamment dans la transposition des directives. Elle s'applique aussi alors même que le délai de transposition n'est pas encore écoulé[2081]. C'est ce qui est appelé l'« effet indirect » des directives. L'idée de départ est la suivante : bien que la directive ne soit pas directement invocable devant les cours, et ne crée pas de droits au profit des individus, l'État doit mettre son droit interne en accord avec les buts qu'elle poursuit. Cette obligation existe même en l'absence de transposition de la directive[2082]. Or, Murray Hunt relève que la loi de 1972 n'a pas envisagé une telle possibilité[2083]. Elle ne peut être la base d'une éventuelle acceptation par les cours de l'obligation posée par la Cour de Justice. Il n'est dès lors pas étonnant que les premières décisions portant sur ce sujet jettent un regard très sceptique sur l'effet de la jurisprudence européenne en ce domaine.

Dans l'affaire *Duke*, rendue en 1988, la Chambre des Lords rejette les effets de la jurisprudence *Von Colson*[2084]. La question se posait de l'interprétation d'une loi de 1975 au regard d'une directive de 1976 dont le sens avait été précisé par la Cour de Justice en 1986. De façon très claire, Lord Templeman rejette toute idée d'interprétation conforme[2085]. En substance, pour le juge, la loi de 1975 doit se voir donner son sens par rapport aux éléments existants au moment de son édiction, et non par référence à des éléments postérieurs. En cela, le juge cherche à permettre au mieux le respect de l'intention, et donc de la volonté, du Parlement. Ce dernier n'a pas pu vouloir se conformer à des obligations postérieures à la loi en cause[2086].

Toutefois, les juges vont se montrer de plus en plus enclins à utiliser l'interprétation conforme telle qu'elle ressort de la jurisprudence européenne. Tout d'abord, le recours à une interprétation téléologique va permettre un alignement sur la jurisprudence *Von Colson*. Une loi prise dans le but de mettre le droit interne en accord avec une directive n'ayant pas d'effet direct doit

---

Dans la première, la Cour de Justice posait une obligation d'interprétation conforme pour ce qui était des lois de transposition des directives. Dans la seconde, elle est étendue à tout le droit interne.
DE BÙRCA (G.), « Giving Effect to European Community Directives », *MLR* 1992, pp. 215-240 ; BETLEM (G.), « The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty », *OJLS* 2002, pp. 397-418 ; PACHNOU (D.), « Direct and indirect effect of Directives and state liability : their applicability in relation to procurement remedies », *PPLR* 2000, pp. 251-260 ; CRAIG (P.), « Britain in the European Union », pp. 104-133 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.
2080. Pour une affirmation claire en ce sens de la Cour de Justice : CJCE, 5 octobre 2004, *Pfeiffer v. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut Ev*, C-397/01, rec. 8835, pt. 118.
2081. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, pp. 724-727.
2082. DE BÙRCA (G.), *ibid*., pp. 215-240.
2083. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, p. 98.
2084. *Duke v. GEC Reliance Ltd.* [1988] AC 618.
2085. *ibid*., pp. 638-641.
2086. Pour une étude et une critique de ce jugement : HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, pp. 101-106.

être interprétée conformément à ses objectifs. Cela implique également le respect de la jurisprudence de la Cour de Justice, portant sur cette directive, même si elle est postérieure à la loi[2087]. Néanmoins, cette avancée se fait dans le cadre des principes traditionnels du droit anglais. La volonté du Parlement était clairement d'aligner le droit interne sur les exigences européennes. En utilisant une approche téléologique plutôt que littérale, les juges n'ont fait que donner plus de consistance à cette volonté[2088].

Cet argument repose en partie sur une fiction, puisque le Parlement peut ne pas avoir envisagé toutes les implications découlant du respect de la directive. Cela est d'autant plus vrai lorsque la Cour de Justice en fait évoluer le sens et les conséquences, postérieurement à la loi. Les juges vont alors mettre cette dernière en accord avec le droit communautaire alors que sur le fond il n'est pas possible de dire que le Parlement y ait consenti[2089].

L'alignement sur la jurisprudence communautaire sera accentué par la décision rendue dans l'affaire *Webb*[2090]. Les Lords remettent en cause la position de l'affaire *Duke* et accepte celle de la jurisprudence *Marleasing*. Toute loi antérieure à une directive non transposée devra être interprétée en accord avec celle-ci et la jurisprudence européenne en découlant. L'obligation d'interprétation conforme est ainsi admise de façon générale, et sans recours à l'intention du Parlement. L'évolution est importante. Les cours ne peuvent pas la justifier par un appel, même ténu, à la souveraineté du Parlement. L'incorporation des obligations communautaires découlant des textes et de la jurisprudence se fait par la voie des juges. En somme, le législateur est court-circuité dans ce processus[2091]. Ce, d'autant plus, que les juges peuvent aller jusqu'à inclure implicitement des termes dans la loi afin de la rendre compatible au droit de l'Union[2092].

Néanmoins, ils ne se départissent pas complètement des égards qu'ils doivent à la souveraineté du Parlement. Une limite est fixée dans la jurisprudence nationale avec l'affaire *Webb*, mais également par la Cour de Justice dès *Von Colson* : l'interprétation est possible dès lors qu'elle ne conduit pas les juges à « tordre » le sens des mots[2093]. En posant cette limite, les juges veillent à ce que le sens retenu soit l'un de ceux possiblement attribuables aux termes employés par le

2087. *Pickstone v. Freemans plc* [1989] AC 66 ; *Lister v. Forth Dry Dock & Engineering Co. Ltd* [1990] 1 AC 546.
2088. DE BÙRCA (G.), *ibid*., pp. 221-222 ; HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, pp. 113-114 ; CRAIG (P.), « Sovereignty of the United Kingdom Parliament after *Factortame* », *Yearbook of European Law*, 1991, pp 221-255 notamment pp. 240-243.
2089. DE BÙRCA (G.), *ibid*.., pp. 225-227.
2090. *Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd.* [1993] 1 WLR 49 ; *Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd. (No. 2)* [1995] 1 WLR 1454.
2091. DE BÙRCA (G.), *ibid*., pp. 223-227.
2092. *Pickstone v. Freemans plc* [1989] AC 66, pp. 120-121 (Lord Templeman).
2093. *Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd.* [1993] 1 WLR 49, pp. 59-60 (Lord Keith).

Parlement. En clair, si la loi est précise et contraire à la directive, les juges ne peuvent lui donner un sens conforme à celle-ci. Le garde-fou que constitue l'intention expresse du Parlement permet de maintenir une certaine continuité constitutionnelle dans la réception des obligations communautaires. Bien que réduite à la portion congrue, la souveraineté du Parlement demeure. Ce dernier peut clairement exprimer sa volonté, ne laissant aucune place à une quelconque interprétation de la part des juges. Néanmoins, un tel principe ne permet pas de régler la question de la clarté avec laquelle doit s'exprimer le Parlement. Là encore, cette détermination, en l'absence de termes très exprès, ne peut qu'appartenir aux cours. Définir la clarté d'un terme découle nécessairement une forme d'interprétation[2094].

L'évolution jurisprudentielle exprimée par le passage de l'arrêt *Duke* à l'affaire *Webb* démontre une plus grande possibilité pour les juges d'user de leur pouvoir d'interprétation pour permettre le respect du droit de l'Union, et ce, en l'absence d'une base législative la légitimant[2095]. Ce travail d'interprétation, fondamental dans tous les cas, est bien plus important dans le contexte du droit de l'Union européenne que dans celui du droit international classique[2096]. Dans le premier, aucune condition d'ambiguïté ni d'obscurité n'est posée. On perçoit ici comme en France l'importance du travail d'interprétation des juges : méthode utile et efficace, elle est également contrainte par les termes utilisés par le législateur. L'interprétation, toujours nécessaire, et résultant d'un choix, n'est donc jamais totalement libre.

II. Les conséquences importantes du droit de l'Union européenne : le renouvellement du contrôle des juges

L'influence du droit de l'Union ne se limite pas aux questions d'invocabilité. Bien plus, en postulant sa primauté, la Cour de Justice a posé la question de sa place au sein des ensembles normatifs internes. Les juges ont dû la résoudre, en apportant des innovations à leur jurisprudence, signe qu'ils apparaissent comme des vecteurs nécessaires du respect des obligations européennes. Tant le juge administratif français (A.) que le juge anglais (B.) vont considérer nécessaire d'opérer un contrôle de la loi, mais cela dans le respect des données constitutionnelles.

2094. ALLAN (T.R.S.), « The Limits of Parliamentary Sovereignty », *PL* 1985, pp. 614-636 : l'auteur soutient que la différence entre interprétation et application d'une loi n'est pas de nature, mais de degré. En somme, poussée à l'extrême, l'interprétation d'une loi peut conduire à sa non-application.
2095. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, pp. 123-126.
2096. Voir l'article du juge Hutchison dans le rapport public du Conseil d'État mentionné plus haut : « Le droit communautaire européen et les juridictions nationales. Réflexions d'un juge anglais », *EDCE* 1992, pp. 287-303, notamment pp. 293-295.

A. Le respect du droit dérivé : entre soumission du législateur et garantie de la Constitution

La soumission du Parlement au droit de l'Union ne posait plus de problème au Conseil d'État dès 1989, grâce à l'acceptation de sa mission constitutionnelle issue de l'article 55 (1.). Toutefois, une autre question s'est posée : celle du contrôle de la conformité des actes de transpositions au regard de la Constitution. *In fine*, cela conduit le juge à se poser la question du respect de la Constitution par certaines normes européennes. Là encore, grâce tant au texte qu'à la jurisprudence constitutionnelle, le Conseil d'État a mis en place un mécanisme conciliant à la fois le respect de la Constitution et du droit de l'Union (2.).

1. La soumission du Parlement à la suite de la jurisprudence *Nicolo*

Ainsi que nous l'avons vu, concernant les traités, le juge administratif a reconnu leur pleine supériorité sur les lois, antérieures et postérieures, à l'occasion de l'arrêt *Nicolo*. Le passage cité à propos de cet arrêt l'illustre parfaitement.

Du fait de la particularité du droit de l'Union, les traités fondateurs ne sont pas soumis aux mêmes exigences pour être invocables dans l'ordre interne. Ainsi, la condition de réciprocité ne peut justifier qu'un État se délie de ses obligations communautaires[2097]. De même, les actes de l'Union n'ont pas à être publiés ni ratifiés dans l'ordre interne et le juge, quel qu'il soit, ne peut en contrôler la validité[2098]. Les principes généraux du droit communautaire ont aussi vu leur applicabilité être reconnue dans l'ordre interne, malgré quelques difficultés[2099]. En permettant une invocabilité plus large, notamment dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le juge permet d'assurer une meilleure application du droit de l'Union, garantie nécessaire à son effectivité en droit interne.

C'est une logique similaire qui va s'imposer concernant les actes de droit dérivé[2100]. Très vite, la jurisprudence *Nicolo* leur a été étendue. Elle s'est appliquée, dans un premier temps aux règlements communautaires, puis aux directives communautaires[2101].

2097. CJCE, 13 novembre 1964, *Commission c/ Luxembourg et Belgique*, aff. 90/63 et 91/63, rec. 1217.
2098. GAUTIER (M.), « Les normes communautaires », pp. 455-489 notamment pp. 471-472 in *Traité de droit administratif*, t.I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit.* ; RIDEAU (J.), « Droit communautaire et droit administratif, la hiérarchie des normes », *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 6-14, notamment p. 10.
2099. BLUMANN (C.) et DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4e éd., Lexis Nexis, Paris, 2010, 828 pages, pp. 591-604 ; GAUTIER (M.), *ibid.*, 472-476.
2100. GUYOMAR (M.), « Vingt ans après. D'Alitalia (1989) à Perreux (2009) : retour sur 20 ans de jurisprudence du Conseil d'État, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union Européenne », *op. cit.*, in *Le service public, Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, *op. cit*.
2101. Respectivement par les arrêts *Boisdet* (CE, 24 septembre 1990, rec. 251) et *SA Rothmans International France et SA Philip Morris Fr.* (CE, Ass., 28 février 1992, rec. 81, concl. Laroque).

En somme, une fois résolu le problème plus global du contrôle de conventionnalité de la loi, le verrou empêchant de veiller au respect du droit de l'Union par le législateur est tombé. Le juge de l'excès de pouvoir s'est alors rapidement approprié toutes les facettes de cette nouvelle mission. L'article 55, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, lui a alors fourni le fondement et la légitimité nécessaire pour opérer ce contrôle.

2. Le contrôle de constitutionnalité des actes de transposition

Au niveau du texte constitutionnel, le droit de l'Union fait l'objet d'un titre spécifique depuis la réforme constitutionnelle du 25 juin 1992[2102]. A été introduit, notamment, un article 88-1, dont la formulation a évolué depuis[2103], et qui dispose dorénavant que « la République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 »[2104].

C'est sur cet alinéa que va reposer, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dès le 10 juin 2004, la reconnaissance d'effets particuliers du droit de l'Union[2105]. Il va alors concilier la recherche d'un plein effet des exigences européennes, avec l'affirmation de la suprématie de la Constitution.

Le juge constitutionnel fait ressortir une obligation constitutionnelle de transposition des directives européennes[2106]. Il en découle pour lui une impossibilité de contrôler la constitutionnalité d'une loi se bornant à transposer les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive[2107]. Une limite existe toutefois, reformulée par une décision du 27 juillet 2006 : le juge censurera une telle loi de transposition si elle porte atteinte à un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »[2108]. Par cette décision, « il a créé un nouvel

2102. Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne ».
2103. Loi constitutionnelle n°2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution.
2104. À la suite de la réforme constitutionnelle de 1992, l'article 88-1 prévoyait que « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».
2105. CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, rec. 101.
2106. cons. 7.
2107. cons. 9.
2108. CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, rec. 88, cons. 19. Le Conseil avait déjà formulé une limite similaire dans sa décision *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*. La loi de transposition pouvait être remise en cause en cas de contradiction avec une « disposition expresse contraire de la Constitution » (cons. 7).

ancrage constitutionnel pour le seul droit de l'Union, ouvrant la voie à un traitement autonome de ce droit ».[2109] Le juge constitutionnel va même plus loin. Dans une seconde décision, du 19 novembre 2004, il affirme que, par cet article 88-1, « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »[2110]. Cette reconnaissance permet à la fois de faire jouir le droit de l'Union d'un statut particulier, lui faisant produire des effets spécifiques, et de faire primer la Constitution. En effet, c'est le constituant qui reconnaît ce statut particulier. Il ne provient pas de l'ordre juridique européen, mais interne. Il y a ici un parallèle clair entre cette affirmation, et les conséquences que les juges anglais font découler du *European Communities Act* de 1972, comme nous le verrons.

Le problème vis-à-vis du droit dérivé s'est posé à un autre moment : celui du contrôle des actes réglementaires de transposition des directives opéré par le Conseil d'État. Dans son arrêt *Arcelor*, rendu en 2007, il organise un véritable système de contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires de transposition[2111].

Le premier élément que l'on peut relever est le fondement de cette compétence. Le Conseil d'État la justifie par un appel à l'article 88-1 de la Constitution, faisant ainsi écho aux décisions de 2004 et 2006 du Conseil constitutionnel. Dès lors, le but est de veiller à ce que le pouvoir réglementaire ait bien rempli son obligation constitutionnelle. Dans le même temps, cela signifie que le statut particulier du droit de l'Union découle du texte fondamental français, permettant de rappeler la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne[2112].

Le second élément est le mécanisme même de contrôle utilisé. Le Conseil d'État distingue entre la transposition des dispositions précises et inconditionnelles des directives, et la transposition de dispositions qui n'ont pas de telles caractéristiques.

Dans le premier cas, le juge recherche si le principe constitutionnel invoqué pour contester la légalité de l'acte réglementaire de transposition a un équivalent en droit de l'Union. Si un tel principe est protégé par le droit de l'Union, il doit alors rechercher si l'acte réglementaire est conforme à cette norme européenne. Si une contrariété semble apparaître, le Conseil d'État devra surseoir à statuer et renvoyer la question de la compatibilité de la directive à la norme invoquée, à la

2109. GAUTIER (M.), « Les normes communautaires », *ibid.*, p. 463.
2110. CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, rec. 173, cons. 11.
2111. CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, rec. 55 ; GAJA 21e éd., n°107.
GLASER (E.), « Réflexions sur la décision *Arcelor* », pp. 473-493 in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, *op. cit.* ; GUYOMAR (M.), « Vingt ans après. D'Alitalia (1989) à Perreux (2009) : retour sur 20 ans de jurisprudence du Conseil d'État, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union Européenne », pp. 274-279 in *Le service public, Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, *op. cit.*
2112. Le Conseil d'État l'avait déjà clairement affirmé : CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, rec. 624.

Cour de Justice. En effet, selon une jurisprudence constante, seule cette juridiction peut juger de la conformité d'un acte communautaire au regard du droit de l'Union[2113]. De la réponse de la Cour dépendra ensuite la solution du litige. En revanche, si le principe constitutionnel invoqué n'apparaît pas en droit de l'Union, alors il revient au juge administratif de confronter l'acte réglementaire avec la norme constitutionnelle. En cas de contrariété, c'est en fait la directive elle-même qui est considérée comme contraire à cette norme. Le Conseil d'État devra alors la faire primer, et annuler l'acte de transposition. La seule possibilité juridiquement ouverte pour que la France se mette en conformité avec les exigences européennes est celle de la révision constitutionnelle, comme elle a pu le faire, dans un contexte quelque peu différent, avec le mandat d'arrêt européen[2114]. Telle est la conséquence de la reconnaissance de la primauté de la Constitution en droit interne.

Si la disposition de la directive transposée par l'acte réglementaire n'est pas inconditionnelle ou n'est pas précise, dans ce cas le Conseil d'État confronte directement cet acte à la norme constitutionnelle invoquée. Ici, aucun problème ne se pose puisqu'il ne s'agit pas d'un contrôle de la directive, mais de la marge de manœuvre dont dispose l'administration dans sa transposition.

Le droit de l'Union européenne a posé de nombreux défis au juge de l'excès de pouvoir[2115]. Le temps a montré qu'il pouvait s'adapter et prendre en compte les nouvelles exigences pesant sur lui. Aujourd'hui, il est devenu le « juge de droit commun » du droit de l'Union. Il en est le relais et a, pour cela, élaboré des mécanismes de contrôle complexes, mais efficaces.

2113. CJCE, 22 octobre 1987, *Foto Frost*, rec. 409.
2114. Voir *supra* : Partie II, Titre I, Chapitre I, Section II, I, A.
La réforme du 25 mars 2003 est la première visant à modifier la Constitution afin d'incorporer un acte de droit dérivé : DORD (O.), « La loi constitutionnelle du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen : une révision de trop ? », *op. cit*.
L'autre possibilité est politique et consiste, pour les autorités françaises, à négocier avec les institutions européennes. Toutefois, cela pose de nombreux problèmes. Notamment, la directive est un acte final, pris à l'issu d'un processus de négociation et de décision concernant les États membres et les institutions européennes. Il pourrait être difficile, pour la France, de faire entendre clairement sa voix, surtout si elle seule se retrouve dans l'incapacité de transposer la directive. Cela conduit certains auteurs, opérant ce constat, à plaider pour un contrôle en amont de la constitutionnalité des actes de droit dérivé : LABAYLE (H.), « Le contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. L'entraide judiciaire européenne au Palais Royal », *op. cit* ; ONDOUA (A.), « L'ordre constitutionnel français à l'épreuve de la décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen », *op. cit.* ; DORD (O.), « La loi constitutionnelle du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen : une révision de trop ? », *op. cit*.
2115. Le mécanisme de contrôle de l'arrêt *Arcelor* a, par la suite, été étendu au contrôle de conventionnalité des actes de transposition des directives : CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, rec. 129, concl. Guyomar ; *RFDA* 2008, pp. 711-720 note H. Labayle et R. Mehdi.

B. L'impossibilité de remettre en cause implicitement le droit de l'Union européenne conduisant à la reconnaissance d'un contrôle de la loi

L'incorporation en droit interne anglais du droit de l'Union européenne a conduit à une redéfinition de la souveraineté du Parlement. La loi de 1972 a fait entrer des normes s'imposant à lui. Plus particulièrement, en cas de conflit, la volonté la plus actuelle du Parlement ne prime pas les actes juridiques pourtant antérieurs.

Les caractéristiques particulières du droit de l'Union ont conduit à plusieurs problèmes d'application en droit interne. Lors de l'élaboration de la loi d'accession aux communautés européennes, les principes d'effet direct et de primauté étaient déjà présents et fermement appliqués. La section 2 (1) du *European Communities Act* reconnaît que les normes communautaires existantes ou à venir peuvent s'appliquer directement en droit interne. La section 2 (4) prévoit que toute loi prise par le Parlement devra être interprétée de façon conforme au droit communautaire. À elles deux, ces sections incorporent en droit interne les exigences d'effet direct et de primauté[2116]. En faisant cela, le Parlement accepte de se contraindre pour le futur. Ce peut être vu comme un acte de souveraineté. Mais, dans sa conception traditionnelle, elle ne peut se concilier avec ses deux sections. Le *European Union Act* de 2011 réaffirme toutefois l'importance de la loi de 1972 : c'est par elle que le droit de l'Union européenne prend effet en droit interne[2117]. En l'absence d'un arrêt *Nicolo* anglais, la question de la condition de la souveraineté du Parlement et des obligations découlant de l'Union européenne s'est posée avec une force particulière.

Bien avant 2011, les cours ont entrepris de soumettre strictement le Parlement à ces exigences. L'affaire *Macarthys v. Smith* en est le premier exemple clair[2118]. Deux idées en ressortent. En cas d'ambiguïté dans une loi, elle doit être interprétée conformément aux exigences communautaires. L'obligation d'interprétation conforme constitue là encore, un outil particulièrement puissant pour les juges. Elle peut les conduire à considérer que la loi ne peut avoir qu'un seul sens : celui conforme au Traité tel qu'interprété par la Cour de Justice[2119]. Elle permet

2116. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit*., pp. 52-63 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, pp. 719-721 ; BRADLEY (A.), « The sovereignty of Parliament – Form or Substance ? », pp. 52-56 in *The Changing Constitution*, 7e éd., sous la dir. de J. Jowell et D. Oliver, *op. cit.*

2117. Section 18.
GUIGUE (A.), « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *op. cit.*, notamment pp. 608-609.

2118. *Macarthys v. Smith* [1979] ICR 785.
Voir : HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit*., pp. 64-86 ; ALLAN (T.R.S.), « Parliamentary Sovereignty : Lord Denning's Dexterious Revolution », *OJLS* 1983, pp. 22-33.

2119. *Garland v. British Rail Engineering Ltd.* [1983] 2 AC 751. Le *Sex Discrimination Act* de 1975 contenait différentes dispositions visant à éliminer les discriminations entre homme et femme, dans le milieu du travail. La

d'éviter une confrontation directe entre la loi et le droit communautaire, parfois au prix d'une interprétation neutralisation de la première[2120]. Toutefois, si la contradiction est insoluble, ce dernier « prévaudra sur le droit interne »[2121], puisque les juges ont « le devoir de donner la priorité au Traité »[2122].

Néanmoins, pour les juges, une telle conclusion ne remet pas en cause la souveraineté du Parlement. Bien au contraire, il s'agit de faire respecter la volonté de ce dernier, telle qu'exprimée dans la loi de 1972. Le Parlement peut toujours, s'il le souhaite, remettre en cause cette dernière[2123]. Dans le cas contraire, il est présumé avoir légiféré conformément aux exigences de l'Union. En cas de conflit, et en l'absence de volonté manifestée expressément, le droit de l'Union s'impose sur la loi. Cependant, la règle de l'abrogation implicite n'a pas de place dans ce schéma. Une loi postérieure à une norme communautaire devra se soumettre à elle, même si elle n'y est pas conforme. La souveraineté dite « continue » est remise en cause[2124]. Si l'affirmation de principe ressort de l'affaire *Macarthys v. Smith*, le premier cas de conflit ouvert entre une loi et les exigences communautaires se retrouve dans l'affaire *Factortame*[2125]. Elle met aux prises tant le Parlement avec l'ordre juridique communautaire, que les juges anglais avec le Parlement et la Couronne.

Le *Merchant Shipping Act* de 1988 introduisait de nouvelles règles d'enregistrement des bateaux britanniques. Le but était d'éviter que des compagnies étrangères ne profitent trop

---

section 6 (4) prévoyait que les mesures prises concernant les départs à la retraite n'entraient pas dans le champ de cette loi. Suite à une question préjudicielle posée à la Cour de Justice concernant la prohibition des discriminations et l'effet direct de certaines directives sur le sujet, la Chambre des Lords décide de donner une interprétation conforme de la loi. (Voir le jugement de Lord Diplock, p. 771). En l'espèce, les mesures accordées par un employeur en vue de faciliter les trajets de ses employés masculins et de leur famille même suite à leur départ en retraite ne peuvent se prévaloir de la section 6 (4). Cette dernière doit être entendue restrictivement. Ses effets sont neutralisés.

2120. *idem*. DOOKHY(P.) et DOOKHY (R.), « Le développement du contentieux de la loi en Angleterre », *op. cit.*, pp. 163-164.

2121. *ibid*., p. 798 (Cumming-Bruce LJ.).

2122. *ibid*., p. 789 (Lord Denning MR.). Plus clairement encore, le Lord affirme : « pour résoudre la question je propose d'étudier en premier lieu le principe d'égalité salariale dans le traité CEE, puisqu'il prévaut même sur notre propre loi » (p. 788).

Pour une étude du jugement du Lord dans cette affaire : ALLAN (T.R.S.), « Parliamentary Sovereignty : Lord Denning's Dexterious Revolution », *OJLS*, 1983, pp. 22-33.

2123. *ibid*., p. 334 (Lawton LJ.) ; p. 789 (Lord Denning MR).

2124. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit*., pp. 69-76 ; ALLAN (T.R.S.), « Parliamentary Sovereignty : Lord Denning's Dexterious Revolution », *op. cit.* ; « The Limits of Parliamentary Sovereignty », *PL* 1985, pp. 614-636.

2125. *R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame* [1990] 2 AC 85.

BOYRON (S.) et BROWN (N.), « L'affaire Factortame : droit communautaire contre droit public anglais », *RFDA* 1994, pp. 70-79 ; DUCOULOMBIER (P.), « Les rapports entre le droit britannique et le droit de l'Union Européenne : le point de vue français », notamment pp. 244-254 in *Le Droit Public Britannique : État des Lieux et Perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit.* ; GUIGUE (A.), « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *op. cit.*, notamment pp. 605-609 ; ELLIOTT (M.), « The Principle of Parliamentary Sovereignty in legal, Constitutional, and Political Perspective », notamment pp. 46-52 et CRAIG (P.), « Britain in the European Union », notamment pp. 116-123 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.

facilement des quotas de pêche octroyés par la Communauté européenne au Royaume-Uni. Une condition de nationalité était donc imposée. Des pêcheurs détenant une licence en vertu de l'ancienne législation, mais ne pouvant prétendre à en bénéficier au regard des conditions de la loi de 1988, firent un recours en invoquant une violation des droits qu'ils détenaient en vertu du droit communautaire. Lord Bridge va rendre le jugement le plus célèbre dans l'affaire[2126]. Deux éléments en ressortent. D'une part, le Lord relève qu'il n'y a aucune difficulté à reconnaître la suprématie du droit communautaire sur une loi contraire et non ambiguë. Dans ce cas, il appartient aux juges de faire primer les droits en découlant. D'autre part, la suprématie du droit communautaire découle de la loi de 1972. La loi de 1988 doit ainsi être lue comme si elle comportait une section affirmant qu'elle a été prise sans volonté de contredire les exigences communautaires. La volonté plus récente du Parlement ne prime pas. Toutefois, il reste souverain. Ainsi, les requérants avaient demandé à ce que la loi en cause soit suspendue durant le procès qui s'annonçait particulièrement long du fait du renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de Justice. Or, selon la Chambre des Lords, cette possibilité n'était pas ouverte, en vertu du droit interne, aux juges. Ces derniers ne pouvaient remettre en cause les effets d'une loi présumée valide. De plus, la section 21 (2) *Crown Proceeding Act* de 1947 empêchait toute injonction, même temporaire, contre la Couronne. Or, l'affaire concernait un ministre, autorité agissant comme agent de la Couronne. Le privilège posait par la loi de 1947 était défini de façon à l'étendre à lui[2127]. Néanmoins, une fois saisie de l'affaire, la Cour de Justice, avant de trancher la question au fond, va affirmer la capacité des juges, en vertu du droit communautaire, de suspendre les effets de la loi[2128]. Une dissonance apparaît alors entre les deux ordres juridiques quant aux pouvoirs des juges vis-à-vis de la loi, et de la Couronne.

En conséquence, dans une seconde décision *Factortame*, Lord Bridge réaffirme avec force : « si la primauté au sein de la Communauté Européenne du droit communautaire sur le droit national des États membres n'a pas toujours découlé du Traité CEE elle était très clairement admise par la jurisprudence de la Cour de Justice bien avant l'entrée du Royaume-Uni dans la Communauté. Dès lors, quelle que soit la limitation de la souveraineté que le Parlement a acceptée en adoptant le European Communities Act de 1972, elle était totalement volontaire. […] Dès lors, il n'y a rien de nouveau à accorder la primauté aux règles de droit communautaire pour les domaines dans lesquels elles trouvent à s'appliquer et d'affirmer, qu'à fin de protéger les droits en découlant, les cours

2126. *R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame* [1990] 2 AC 85, p. 140.
2127. *ibid*., p. 151 (Lord Bridge). La suspension de la loi avait été acceptée par la Haute Cour, ce que remet en cause Lord Bridge.
Pour une critique de cette extension, voir : WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 703-706. Selon les auteurs, les juges ont mal interprété la loi et lui ont donné un champ trop large d'application. L'erreur proviendrait de la décision rendue dans l'affaire *Merricks v. Heathcoat-Amory* ([1955] Ch 567).
2128. CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex p. Factortam*e, C-213/89, rec. p. 2433, voir para. 21.

nationales ne doivent pas être empêchées par des règles nationales d'octroyer des décisions temporaires lorsque cela est nécessaire, n'est rien d'autre que la reconnaissance logique de cette primauté »[2129]. La suspension temporaire des effets de la loi est alors accordée en vertu des exigences du droit communautaire. Elle permet aux juges d'ordonner aux autorités publiques, et plus particulièrement à un ministre ici de ne pas appliquer la loi. Elle reflète l'acceptation par le Parlement d'une limitation à ses propres pouvoirs[2130].

Quels que soient les efforts de Lord Bridge pour concilier la primauté du droit communautaire et la souveraineté du Parlement, un grand changement s'est produit. Il ne faudra attendre que quelques années, et l'affaire *Equal Opportunities Commission*, pour que la première loi britannique soit déclarée incompatible avec le droit communautaire[2131]. Elle est alors écartée de la résolution du litige. Cela constitue, comme nous le verrons, une différence importante avec le mécanisme de la déclaration d'incompatibilité délivrée dans le cadre du *Human Rights Act*. L'influence de la jurisprudence communautaire dépasse le seul contrôle de la loi. Quelques années après la décision *Factortame*, les Lords ont admis la possibilité de délivrer une injonction de suspension contre un ministre, en dehors de l'application du droit de l'Union européenne[2132]. Rompant avec une jurisprudence ancienne, les Lords modifient leur pratique sous l'effet de la décision de la Cour de Justice. Le ministre n'ayant d'ailleurs pas respecté l'injonction en l'espèce, en pensant qu'elle était illégale, se voit condamné pour outrage à la Cour.

Le jugement dans *Factortame* est en complète opposition avec la vision traditionnelle de la souveraineté « continue »[2133]. L'abrogation implicite n'a plus cours lorsqu'est en cause le droit de

2129. *R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame (No. 2)* [1991] 1 AC 603, pp. 658-659.

2130. Cet argument a été réaffirmé par Laws J : *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195, [59] et [69] : le droit de l'Union s'applique du fait de la loi de 1972, ce qui signifie que les relations entre les deux ordres juridiques reposent sur le droit interne et non le droit européen.
Voir également pour un point de vue similaire affirmé en doctrine : LAWS (J.), « Law and Democracy », *PL* 1996, pp. 72-93, 88-90.
De même voir : *Pham v. Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19, [80] (Lord Mance) : le droit de l'Union est un pan du droit interne par la volonté du Parlement.

2131. *R. v. Secretary of State for Employment, ex p. Equal Opportunities Commission* [1995] 1 AC 1 : le *Employment Protection (Consolidation) Act* de 1978 imposait un seuil horaire à partir duquel les salariés à temps partiel pouvaient prétendre à des indemnités de licenciement, que celui-ci soit justifié ou non. La loi est considérée comme contraire au Traité de Rome et à une directive européenne sur l'égalité salariale (directive n°75/117 CEE) au motif que la plupart des salariés à temps partiel sont des femmes. La loi de 1978 introduit donc une discrimination injustifiée.

2132. *M. v. Home Office* [1994] 1 AC 377 : un demandeur d'asile avait vu sa demande refusée par le ministre de l'Intérieur, et être délivré, à son encontre, un ordre de retour dans son pays. Les avocats du requérant avaient fait une demande de *judicial review*. Le juge avait alors demandé au ministre de ne pas renvoyer l'individu dans l'attente de l'étude de son recours. Toutefois, celui-ci n'avait pas pu empêcher son départ en avion. Le juge ordonne alors à l'agent de la Couronne de le faire revenir. C'est à cette fin qu'une injonction est délivrée contre lui.

2133. ELLIOTT (M.), « The demise of Parliamentary sovereignty ? The implications for jusifying judicial review », *LQR* 1999, pp. 119-137 ; JACOBS (F.), « European Law and the English Judge », pp. 419-437, notamment pp. 430-431 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit.* ; BRADLEY (A.), « The sovereignty of Parliament – Form or Substance ? », voir p. 56 in *The Changing Constitution*, 7e éd., sous la dir. de J. Jowell et D. Oliver, *op. cit.* ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd.,

l'Union. De plus, et par corollaire, l'omnipotence du Parlement est remise en cause. Ce dernier ne peut plus légiférer en totale liberté. William Wade fait de cette décision l'illustration d'une « révolution » opérée par les juges[2134]. La possibilité de sortir de la construction européenne ne permet pas de sauver la vision traditionnelle de la souveraineté. Les juges ont reconnu au Parlement la faculté de s'auto-limiter. Tant que le Royaume-Uni appartient à l'Union, le Parlement est soumis à un ordre juridique supérieur, et les juges en sont les garants. Le fait que les Lords se soient reconnus le pouvoir de suspendre temporairement la loi en adressant une injonction au ministre à la suite d'une décision en ce sens de la Cour de Justice est révélateur. Les juges ne se font pas les protecteurs de la volonté du Parlement, mais de l'intégrité de l'ordre juridique communautaire. Certes, c'est par la loi, notamment de 1972, que cet ordre produit ses effets en Angleterre, comme le rappel encore la Cour Suprême dans l'affaire *Miller*[2135]. Néanmoins, la définition des obligations qu'implique la participation à la construction européenne appartient à l'Union et à ses institutions. Comme le note Lord Neuberger, rendant le jugement pour la majorité des juges dans cette affaire : « en un sens, bien sûr, il peut être affirmé que la loi de 1972 est la source du droit de l'Union européenne, en ce que, sans cet acte, le droit de l'Union européenne n'aurait pas de statut en droit interne. Mais, plus fondamentalement, et nous pensons dans un sens plus réaliste, lorsque le droit de l'Union européenne s'applique au Royaume-Uni, ce sont les institutions de l'Union européenne qui sont la source véritable de ce droit »[2136]. La loi de 1972 constitue le fondement par lequel l'Union européenne peut avoir le statut de nouvelle source interne de droit[2137]. Les juges anglais ont pour

op. cit., pp. 365-367.

2134. WADE (W.), « Sovereignty – revolution or evolution ? », *LQR* 1996, pp. 568-575. L'auteur y critique également le jugement de Lord Bridge. Sa tentative de conciliation de la souveraineté du Parlement et des obligations découlant du droit de l'Union ne convainc pas le principal tenant de la vision « continue ».

Voir également : CRAIG (P.), « Sovereignty of the United Kingdom Parliament after *Factortame* », *Yearbook of European Law* 1991, pp 221-255 ; « The Impact of Community Law on Domestic Public Law », pp. 271-295 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit*. ; BOYLE (A.), « Sovereignty, Accountability, and the Reform of Administrative Law », pp. 81-104, notamment pp. 82-83 et pp. 90-93 in A*dministrative Law and Government Action*, sous la dir. G. Richardson et H. Genn, *op. cit.* ; MASON (A.), « Courts, Constitutions and Fundamental Rights », pp. 273-288 in *Law, Society and Economy. Centenary Essays for the London School of Economics and Political Science* 1895-1995, sous la dir. R. Rawlings, Clarendon Press, Oxford, 1997 ; BARBER (N.W.), « Sovereignty Re-examined : The Courts, Parliament, and Statutes », *OJLS* 2000, pp. 131-154, notamment p. 145 ; BAMFORTH (N.), « Courts in a Multi-Layered Constitution », pp. 277-310 in *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, sous la dir. de N. Bamforth et P. Leyland, Hart Publishing, Oxford, 2003 ; GUIGUE (A.), « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *RDP* 2016, pp. 597-621.

2135. *R. (on the application of Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5. Ce point est admis tant par la majorité que dans les jugements dissidents. En cela, le Parlement est toujours souverain pour les juges.

2136. *ibid*., [61]. Voir également : [65] (Lord Mance)

2137. *ibid*., [61]–[62] ; [80] ; [82] – [83] ; [86] (Lord Neuberger).

Sur ce point, Lord Reed rend un jugement différent. Selon lui, la loi de 1972 donne effet au droit de l'Union en droit interne, mais il n'en fait pas une source interne de droit. La validité du droit de l'Union dépend de la loi de 1972 : [183] ; [189] ; [216] ; [222] – [230].

Voir : ELLIOTT (M.), « The Principle of Parliamentary Sovereignty in Legal, Constitutional, and Political Perspective », pp. 38-66, notamment pp. 46-52 et CRAIG (P.), « Britain in the European Union », 104-133 in *The*

rôle de veiller au respect des limites en découlant et s'imposant au Parlement en vertu du principe communautaire de primauté[2138]. Une hiérarchie des sources est ainsi reconnue entre la loi et le droit de l'Union, et ce, même en l'absence d'une Constitution écrite.

L'affaire *Factortame* est donc, dans une certaine mesure, comparable à l'arrêt *Nicolo*[2139]. Dans les deux cas, les juges se font garants du droit externe, et ce, contre la loi. De même, cette dernière n'est jamais annulée ou abrogée ; elle est mise de côté et ne s'applique pas, au profit de l'utilisation de la norme supérieure.

Toutefois, certains éléments doivent être pris en compte afin de ne pas conclure à une similitude des deux affaires. D'une part, l'arrêt *Nicolo*, bien que portant sur les traités européens, a amorcé une jurisprudence qui s'est généralisée en dehors du cadre de la construction de l'Union européenne. À l'inverse, la jurisprudence *Factortame*, portant sur une directive européenne, est strictement limitée dans son champ d'application, à cette même construction. En cela, cette affaire anglaise doit plus précisément être rapprochée de l'arrêt *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*[2140], par lequel le Conseil d'État a reconnu la possibilité d'écarter une loi contraire à une directive lui étant antérieure. La portée des deux affaires est, sur ce point, similaire. La précision est importante, car il ne faut pas rapprocher avec trop de hâte la jurisprudence *Nicolo*, et tout ce qu'elle a emporté de conséquences en droit français, avec la jurisprudence *Factortame*. Bien plus que cette dernière, c'est la décision dans l'affaire *Equal Opportunities Commission* qui fonde en droit anglais un véritable contrôle de la loi au regard du droit communautaire, entendu au sens large. Elle a également permis de préciser que la déclaration d'incompatibilité était générale, et ne se limite pas aux parties concernées[2141]. Il n'en reste pas moins que le droit anglais ne connaît pas de contrôle de conventionnalité semblable à celui existant en France.

Le droit international influe sur le droit anglais, comme nous l'avons vu, par des méthodes plus indirectes : l'interprétation conforme et le développement de la *common law*. Cela signifie que la loi ne peut pas, sauf l'exception *Equal Opportunities Commission*, être écartée. Exprimée ainsi, on voit la différence nette entre les deux situations. De même entre droit français et droit anglais, une différence importante ne doit pas être oubliée : le contrôle du Conseil d'État se fonde sur la

Changing Constitution, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit.* ; BELL (J.), « La Cour suprême du Royaume-Uni et le Brexit », *RFDA* 2017, pp. 220-228.

2138. *ibid*., [66].

2139. DUCOULOMBIER (P.), « Les rapports entre le droit britannique et le droit de l'Union Européenne : le point de vue français », *op. cit.* in *Le Droit Public Britannique : État des Lieux et Perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit.* ; GUIGUE (A.), « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *op. cit.*, p. 605.

2140. CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, rec. 81.

2141. *R. v. Secretary of State for Employment, ex p. Equal Opportunities Commission* [1995] 1 AC 1, p. 31-32 (Lord Keith).

Constitution. C'est elle, et la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui lui assignent cette mission. Dans le cadre de la *judicial review*, le contrôle est rattaché, quel que peu fictivement, à la volonté du Parlement souverain. La base de l'office des juges est différente, ce qui explique que ce contrôle ne porte que sur les normes provenant du droit de l'Union européenne, et qu'ils recherchent toujours à interpréter ce que le législateur a voulu. Leur rôle est donc plus limité, car il repose sur un fondement plus contingent.

Section IV. La difficile réception de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit interne

Prévue par le traité de Rome du 4 novembre 1950, la Convention européenne constitue aujourd'hui la pierre angulaire dans la protection des droits au niveau européen. Si elle a acquis un statut d'une telle importance, sa réception en droit interne n'a pas été pour autant facile. Cette double facette, caractère fondamental du texte mais, difficulté à l'intégrer en droit interne, ressort nettement des cas français (I.) et anglais (II.). Pour des raisons surtout politiques, l'incorporation s'est faite difficilement. Toutefois, entre les deux pays, la chronologie est, comme nous le verrons, quelque peu inversée : si le Royaume-Uni a très tôt signé le traité, son incorporation s'est faite tardivement, à la différence de la France[2142]. Mais, une fois rendue invocable, elle a ouvert la voie à des développements importants, mettant en son centre la figure des juges. L'objet des développements qui vont suivre n'est pas de faire état de toutes les conséquences produites en droit interne[2143]. Il s'agit principalement de mettre en exergue l'importance qu'a eue la réception du texte dans le contrôle de la loi. Dans ce domaine, la Convention européenne a eu un impact très important en droit anglais, redessinant en partie les contours de la relation entre les juges et le Parlement.

I. Une réception importante pour le juge administratif français

L'incorporation de la Convention européenne ne s'est pas faite sans quelques difficultés. Elles sont doubles : d'une part politique, d'autre part juridique. La seconde a déjà été étudiée, et sera mentionnée ici : il s'agit des carences dans le contrôle de conventionnalité antérieurement à la jurisprudence *Nicolo* (A.). Une fois pleinement admise en droit interne, la Convention a eu des conséquences importantes. Notamment, à partir des années quatre-vingt-dix, son influence a été croissante, renouvelant le contentieux administratif. En particulier, il faut mettre en exergue l'importance du pouvoir d'interprétation conforme du Conseil d'État dans le domaine du respect des exigences de la Convention. Bien que la jurisprudence *Nicolo* pourrait faire penser qu'une telle technique de mise en conformité de la loi n'est pas utile, elle est toujours utilisée par le juge administratif (B.).

2142. COSTA (J.-P.) et TITIUN (P.), « Le Royaume-Uni, la France et la Convention européenne des droits de l'homme », pp. 363-371 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit*.
2143. Voir pour une étude complète prenant notamment pour la France et le Royaume-Uni : BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, OUP, Oxford, 2015, 264 pages.

A. Une pleine réception tardive de la Convention européenne en droit interne

L'importance politique du traité de Rome n'a pas permis à elle seule de faire jouir rapidement la Convention européenne de toutes les garanties nécessaires. Il a fallu un certain temps avant que son autorité soit complète (1.). Aujourd'hui, ses effets sont d'autant plus importants que le Conseil d'État facilite la réception de la jurisprudence de la Cour européenne (2.).

1. Les obstacles à la pleine réception

Si la France signe la Convention européenne dès son origine, elle mettra en revanche du temps à remplir les formalités nécessaires pour la faire entrer en vigueur en droit interne. L'article 55 de la Constitution de 1958 pose, nous l'avons vu, différentes conditions de forme notamment. À ce titre, la Convention européenne ne se distingue pas fondamentalement des autres traités. Toutefois, une différence importante doit être relevée : la condition de réciprocité ne s'impose pas dans l'obligation qu'ont les États de la respecter[2144].

La ratification de la Convention européenne interviendra plus de vingt après sa signature. Elle est l'œuvre d'Alain Poher, alors président par intérim, qui signera le décret nécessaire le 3 mai 1974. Dans les propos mêmes d'un homme politique de l'époque, une telle étape n'a pas d'incidences particulières : « la France n'a certes pas grande-chose à apprendre dans le domaine des droits de l'homme qui sont garantis par ses lois nationales, mais nous considérons qu'il s'agit d'un geste européen »[2145]. Ce n'est que le 9 octobre 1981 que les individus se verront reconnaître le droit de saisir la Commission européenne, ancêtre de la Cour européenne, afin de faire juger leur affaire à Strasbourg. Plusieurs motifs d'ordre politique sont avancés pour justifier cet immobilisme. Tout d'abord, l'État français ne souhaitait pas qu'une juridiction européenne vienne juger des opérations militaires ayant été menées en Indochine puis en Algérie[2146]. De même, il y avait une certaine crainte de voir critiquer le mécanisme de l'article 16 de la Constitution, élargissant les pouvoirs du chef de l'État en cas de crise exceptionnelle, et dont De Gaulle avait fait usage[2147]. D'autres éléments

2144. CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, Ann. CEDH, p. 603.
Cette jurisprudence a été suivie par le Conseil d'État : CE, 22 mai 1992, *Larachi*, rec. 203.
2145. Communiqué lu le 31 janvier 1973 par Jean-Philippe Lecat, alors porte-parole du gouvernement, signifiant qu'est approuvé le principe de la ratification. La phrase est citée par Bernard Pacteau : PACTEAU (B.), « Le juge administratif français et l'interprétation européenne », pp. 251-287, p. 256 (note 8) in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. F. Sudre, *op. cit*.
2146. STIRN (B.), FAIRGRIEVE (D.) et GUYOMAR (M.), *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Odile Jacob, Paris, 2006, 300 pages, p. 240.
2147. BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 3e éd., LGDJ, Paris, 2014, 813 pages, p. 111.

peuvent encore justifier ce retard dans l'entrée en vigueur de la Convention européenne, comme l'incertitude quant à son impact sur l'organisation de l'école ou des médias[2148] ; ou bien encore la soumission à une Cour supranationale[2149].

Dès sa ratification, la Convention européenne devient applicable aux actes réglementaires autonomes ainsi qu'aux décisions individuelles. À l'absence de condition de réciprocité s'ajoute une reconnaissance de l'effet direct de ses dispositions[2150]. Toutefois, ses débuts sont assez mitigés puisqu'elle restera peu invoquée[2151]. Notamment, son champ d'application est considéré de façon assez restrictive et se trouve cantonné principalement aux matières civile et pénale. La Convention européenne était encore assez méconnue et donc peu invoquée.

L'arrêt *Nicolo* va permettre un changement de perspective. Quelques mois après, le Conseil d'État accepte de contrôler la compatibilité d'une loi avec la Convention européenne[2152]. À partir de là, son invocabilité se trouve accrue[2153]. Dans le même temps, la Cour de Strasbourg développe une jurisprudence dont les effets sont plus prégnants en France, depuis la reconnaissance du droit au recours individuel. Son importance ne va cesser de croître pour ainsi « devenir une source importante du droit français, en particulier du droit administratif »[2154]. Dès 1998, Bernard Pacteau constate que le contentieux administratif est « assailli » par la Convention européenne[2155]. Aujourd'hui « banalisée par le juge administratif », la portée pratique de la Convention européenne « est incontestable »[2156].

2148. *idem*.
2149. COSTA (J.-P.) et TITIUN (P.), « Le Royaume-Uni, la France et la Convention européenne des droits de l'homme », voir p. 365 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit*.
2150. Voir en général : ABRAHAM (R.), « Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français », *RFDA* 1990, pp. 1053-1064.
2151. *idem*.
Voir également : FLAUSS (J.-F.), « Le juge administratif français et la Convention européenne des Droits de l'homme », *AJDA* 1983, pp. 387-401.
2152. CE, Sect., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, rec. 368, concl. Stirn.
2153. ERRERA (R.), « La juridiction administrative française et l'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *EDCE* 1992, pp. 325-332 ; SERMET (L.), *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, *op. cit.*, notamment p. 10 ; DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Contrôle de Constitutionnalité, Contrôle de Conventionnalité et Judicial Review : La mise en œuvre de la Convention Européenne des droits de l'homme en France et au Royaume-Uni », pp. 439-449 in *Tom Bingham and the Transformation of Law, Liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit*.
L'acceptation du recours individuel avait déjà conduit la doctrine à soulever de nombreuses interrogations sur la portée et l'impact de la Convention européenne en droit interne : FLAUSS (J.-F.), *ibid*.
2154. STIRN (B.), FAIRGRIEVE (D.) et GUYOMAR (M.), *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, *op. cit.*, 243.
2155. PACTEAU (B.), « Le juge administratif français et l'interprétation européenne », *ibid*., p. 251.
2156. GENEVOIS (B.), « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gazette du Palais* 10 au 12 juin 2007, pp. 1615-1620, p. 1620.
Voir également : SUDRE (F.), « Du « dialogue des juges » à l'euro-compatibilité... », pp. 1015-1031, notamment pp. 1024-1027 in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, *op. cit*.

Son influence est importante, et le juge administratif n'hésite pas à suivre la jurisprudence de la Cour européenne. Ainsi, si le Conseil d'État accepte depuis 2010 de contrôler la condition de réciprocité dans le cadre de l'application des conventions internationales, c'est en conséquence de la condamnation de sa jurisprudence antérieure par les juges de Strasbourg[2157]. De même, si une loi est considérée contraire à la Convention européenne par la juridiction européenne, alors le Conseil d'État va suivre la position des juges et écarter l'application de la loi au litige[2158]. Il n'est pas question ici d'envisager toutes les conséquences en droit interne ou sur l'office du juge administratif[2159]. Il est toutefois nécessaire de mettre en exergue un point important : le pouvoir d'interprétation du Conseil d'État. Par son biais, il pourra donner sens à la Convention européenne, mais également adopter une position constructive de la loi afin de la rendre conforme avec ce texte. Une telle pratique permet d'éviter une rupture au sein de l'ordre juridique : la loi n'est pas remise en cause, mais se voit doter d'un sens particulier. L'interprétation apparaît alors, nous le constaterons également pour le droit anglais, comme un procédé utile et efficace d'harmonisation entre le droit interne et les exigences européennes.

2. La réception facilitée des interprétations de la Cour européenne : entre acceptation et anticipation

Sur cette question, la distinction avec le droit de l'Union européenne a un intérêt tout particulier. Les interprétations données par la Cour de Justice s'imposent au juge. Le mécanisme du renvoi préjudiciel en est la garantie, puisqu'il est en principe obligatoire pour les juridictions statuant en dernier ressort[2160]. La réponse ainsi apportée s'imposera au Conseil d'État. Dans ce cas, il

2157. CE, Ass, 9 juillet 2010, *Cheriet-Benseghir*, rec. 251. Avant cet arrêt, la question du respect de la condition de réciprocité faisait l'objet d'une question auprès du ministre des Affaires étrangères, dont la réponse liait le juge : CE, Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, rec. 220.
Cette dernière jurisprudence, confirmée par l'affaire *Chevrol-Benkeddach* (CE, Ass., 9 avril 1999, rec. 115) avait été critiquée comme contraire aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne. La Cour de Strasbourg la condamnera d'ailleurs explicitement dans la décision *Chevrol c. France* (CEDH, 13 février 2003, n°49636/99), dont l'affaire *Cheriet-Benseghir* tire les conséquences. Voir les deux notes de Jean-François Lachaume respectivement sur les arrêts *Chevrol-Benkeddach* et *Cheriet-Benseghir* : « Juridiction administrative et contrôle de réciprocité des traités et accords internationaux (article 55 de la Constitution) », *RFDA* 1999, pp. 937-950 et « L'application des conventions internationales : le contrôle du juge sur le respect de la condition de réciprocité », *RFDA* 2010, pp. 1146-1156 .
2158. Par exemple, dans l'arrêt *Vignon* (CE, 27 octobre 2000, rec. 467), le Conseil d'État prend acte de la décision de la Cour européenne rendue dans l'affaire *Chassagnou et autres* (CEDH, 29 avril 1999, n°25088/94), considérant contraire à l'article 1er du premier protocole la loi du 10 juillet 1964, obligeant l'adhésion de propriétaires aux associations de chasse locales agréées.
Voir : ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) et SERMET (L.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2001, pp. 1256-1276, voir pp. 1270-1272.
2159. Ce sujet sera traité plus en détail dans la suite des développements : voir d'une manière générale le Chapitre I du Titre II.
2160. Article 267 TFUE.

est clair qu'il perd l'emprise sur la norme de référence de son contrôle. La tendance dans la jurisprudence est à une meilleure coopération entre les deux juges. Si, auparavant, le juge administratif abusait de la théorie de l'acte clair afin d'éviter tout renvoi, cette tendance est en baisse[2161]. À ce mouvement, s'en ajoute un autre. Le Conseil d'État s'estime dorénavant lié par l'interprétation de la Cour de Justice même lorsqu'elle dépasse le cadre du renvoi préjudiciel[2162]. Ces éléments consacrent la volonté du juge administratif d'entrer dans un véritable dialogue avec le juge de l'Union, au détriment de sa propre liberté d'interprétation. Toutefois, le juge administratif conserve une marge d'appréciation quant aux faits à qualifier et aux investigations à mener pour les établir. Dans cette étape, la liberté du juge n'est pas anodine[2163].

S'agissant de la Convention européenne, la situation est aussi quelque peu particulière, puisqu'une cour a été spécialement créée pour veiller au respect de ce texte. L'interprétation qu'elle en donne influe nécessairement sur les juges, même en l'absence d'un mécanisme de renvoi préjudiciel[2164]. La position du Conseil d'État était déjà parfaitement mise en lumière par Daniel Labetoulle, en 1978, dans ses conclusions sur l'affaire *Debout* : l'interprétation par le juge administration doit s'effectuer « avec précaution et avec le souci de concilier, dans la mesure du possible, deux préoccupations : d'une part éviter toute solution qui serait radicalement incompatible avec la jurisprudence de la cour ; d'autre part éviter aussi toute solution qui sur un point marquerait une rupture avec le droit national »[2165]. Sans être contraint, le Conseil d'État est appelé à suivre, autant que faire se peut, les exigences découlant de la position de la Cour européenne ; sa

2161. DUBOUIS (L.), « Bref retour sur la longue marche du Conseil d'État en terres internationales et européennes », pp. 391-402 in *Le dialogue des juges*, *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, *op. cit.* ; SIRINELLI (J.), « La mise en œuvre du droit de l'Union européenne dans le contentieux administratif », pp. 1007-1033 in *Traité de droit administratif européen*, 2e éd., sous la dir. de J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelles, 2014.
2162. CE, Ass., 11 décembre 2006, *Société de Groot En Slot Aluminium Bv*, rec. 512.
2163. ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique. Un couple juridiquement inséparable », pp. 11-28, p. 21 in *Le dialogue des juges, ibid.*
2164. CASSIA (P.) et SAULNIER (E.), « Le Conseil d'État et la Convention Européenne des droits de l'homme », *AJDA* 1997, pp. 411-420 ; *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. Sudre, Bruylant, Bruxelles, 1998, 354 pages ; DUBOUIS (L.), « Bref retour sur la longue marche du Conseil d'État en terres internationales et européennes », pp. 391-402 in *Le dialogue des juges*, *op. cit*.
Voir également : ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique. Un couple juridiquement inséparable », *op. cit*. L'auteur y note notamment : « la CEDH dispose d'un pouvoir interprétatif d'harmonisation et non d'un pouvoir interprétatif d'uniformisation comme la CJCE » (p. 22).
2165. CE, Sect., 27 octobre 1978, *Debout*, rec. p. 395, concl. Labetoulle, voir pp. 403-404. La jurisprudence de la Cour européenne constitue « une donnée dont il faut tenir compte » (p. 403).
De même, voir les conclusions de Bruno Genevois sur l'affaire *Subrini* : CE, Ass., 11 juillet 1984, *Subrini*, rec. 259, *Dalloz* 1985, pp. 150-156. Le commissaire du Gouvernement y récuse « aussi bien la thèse qui tiendrait à conférer aux arrêts de la Cour une autorité de chose interprétée *erga omnes*, que l'attitude qui consisterait à ales ignorer par application de la théorie de l'acte clair » (p. 152), et défense la prise en compte de la jurisprudence strasbourgeoise, de laquelle résulte un « impératif de discipline juridictionnelle » permettant une certaine unité dans l'application du texte (p. 153).
Voir pour d'autres exemples : PACTEAU (B.), « Le juge administratif français et l'interprétation européenne », notamment pp. 268-270 in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. F. Sudre, *op. cit*.

jurisprudence a « une forte charge incitative et anticipative »[2166]. En somme, c'est un véritable « dialogue des juges » que sont appelés à construire les deux ordres de juridictions[2167]. Utilisé par le juge comme une « soupape de sûreté », le dialogue permet de garantir une forme d'indépendance du juge national vis-à-vis de la Cour de Strasbourg, sans conduire pour autant à une rupture franche en cas de désaccord[2168]. En cela, « la position du Conseil d'État exprime une affirmation de sa souveraineté pour interpréter […] la Convention européenne des droits de l'homme »[2169].

Il en découle trois attitudes différentes du Conseil d'État vis-à-vis de la jurisprudence de la Cour européenne[2170]. Dans la grande majorité des cas, il la suit, tant par souci d'harmonisation que pour éviter les sanctions possibles en cas de désaccord. Ainsi que le relevait le commissaire du Gouvernement Abraham : « dès lors qu'il s'agit de définir le sens et la portée d'une disposition de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge national […] doit accorder la plus grande importance à la manière dont ladite disposition est interprétée et appliquée par la Cour européenne de Strasbourg, et ne s'en écarter que pour des motifs tout-à-fait exceptionnels, et à condition que la jurisprudence européenne ne soit pas elle-même fixée de manière suffisamment stable »[2171]. Cette citation, nous le verrons, a une résonance particulière avec le droit anglais. Elle peut s'illustrer par l'alignement de la jurisprudence du Conseil d'État sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, à

2166. ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique. Un couple juridiquement inséparable », *op. cit.*, p. 17.

2167. L'expression est celle utilisée, dans le cadre du droit communautaire, par Bruno Genevois, dans ses conclusions sur l'arrêt *Cohn-Bendit* (CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit*, rec. 524 ; Dalloz 1979, pp. 155-162 concl. Genevois, voir p. 161 ; pp. 162-165, note B. Pacteau). Les mélanges lui ayant été consacrés portent d'ailleurs sur « le dialogue des juges » (Dalloz, Paris, 2009). Pour ce qui nous concerne, nous renvoyons à différents articles le composant : ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique. Un couple juridiquement inséparable », pp. 11-28 ; DUBOUIS (L.), « Bref retour sur la longue marche du Conseil d'État en terres internationales et européennes », pp. 391-402 ; SUDRE (F.), « Du « dialogue des juges » à l'euro-compatibilité... », pp. 1015-1031.
Voir également : STIRN (B.), « Juridictions administratives et cours européennes », *RA* 1998, pp. 212-220 ; *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges, actes du colloque du 50e anniversaire des tribunaux administratifs*, sous la dir. de B. Lukaszewic et H. Oberdorff, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2004 ; LANDAIS (C.) et LENICA (F.), « la réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par le Conseil d'État », *DA* 6 juin 2005, pp. 8-11 ; GENEVOIS (B.), « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal*, 10 au 12 juin 2007, pp. 1615-1620 ; ANDENAS (M.) et BJORGE (E.), « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme : quel rôle pour le juge interne ? », *RIDC* 2012, pp. 383-415 ; BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, OUP, Oxford, 2015, 264 pages, notamment pp. 119-130, et pp. 137-139.

2168. ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique. Un couple juridiquement inséparable », *op. cit.*, pp. 18-19 ; DUBOUIS (L.), « Bref retour sur la longue marche du Conseil d'État en terres internationales et européennes », *op. cit.*, pp. 394-395.
Pour Bernard Pacteau, ce dialogue permet un équilibre « fait, d'une part, d'*autonomie* conservée au profit du juge interne, mais d'une autonomie qu'on appellera *raisonnable*, car si ce juge est en effet libre de ses propres interprétations, tout le conduit à ne pas transformer cette autonomie en machine de guerre » : PACTEAU (B.), *ibid.*, p. 258 (C'est l'auteur qui souligne).

2169. *ibid.*, p. 22.

2170. Mattias Guyomar identifie « trois figures jurisprudentielles » pour traduire ces relations : la figure de l'appropriation, celle de l'anticipation et enfin celle de l'émancipation (GUYOMAR (M.), « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », pp. 311-320 in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011).

2171. Conclusions sur l'affaire *Bitouzet* (CE, Sect., 3 juillet 1998, rec. 288 ; *RFDA* 1998, pp. 1243-1253, voir p. 1246).

la suite d'une condamnation. Tel a été le cas lorsque le Conseil d'État a accepté de censurer la pratique des fouilles intégrales systématiques dans les prisons n'étant pas justifiée par des nécessités d'ordre public, suite à un constat de violation de la Convention européenne[2172]. Toutefois, il peut arriver que le juge administratif français soit en désaccord avec la jurisprudence strasbourgeoise. Il pourra alors marquer son opposition en s'écartant de la solution requise. Néanmoins, cette pratique est désormais exceptionnelle[2173]. Enfin, il lui est possible d'anticiper les évolutions futures de la Cour européenne. Le cas topique est celui de la diminution de la catégorie des mesures d'ordre intérieur ; il permet d'illustrer tant la première que la troisième approche du juge administratif.

En effet, la Convention a eu un rôle important dans la réduction des mesures d'ordre intérieur. Dans ses conclusions sur les arrêts *Marie* et *Hardouin*, Patrick Frydman invoque le risque de violation des articles 6 et 13 de la Convention si le Conseil d'État n'accepte pas de réduire cette catégorie d'actes[2174]. Ces deux dispositions prévoient le droit à un procès équitable et à un recours effectif au profit des individus. Le commissaire du Gouvernement reprend dans ses conclusions les exigences que la Cour européenne a élaborées sur le fondement de ces deux articles : il est nécessaire pour les juges d'avoir une approche casuistique des mesures qui leur sont déférées ; elle doit se faire au regard des effets concrets de la décision pour les droits et libertés du requérant. Le juge doit alors procéder à une appréciation *in concreto* des effets de la mesure. Or, avant la décision *Marie* et *Hardouin*, l'approche du juge administratif n'était pas celle-là. Patrick Frydman conclut alors à « une infraction de notre pays au regard de la stipulation en cause », en l'espèce l'article 13[2175]. L'affaire *Théron c. France*, jugée par la Commission, met en évidence que c'est la gravité de la sanction qui lui fait quitter le champ disciplinaire pour entrer dans la matière pénale[2176]. Il n'y a donc pas de mesures qui, en elles-mêmes, ne pourraient être exclues de l'application des articles 6 et 13. C'est en opérant, au cas par cas, pour chaque affaire, une appréciation de l'ensemble des

2172. Le constat a été opéré en 2007 : CEDH, 12 juin 2007, *Frérot c. France*, req. n°70204/01.
Le Conseil d'État a ensuite adapté sa méthode de contrôle l'année suivante : CE, 14 novembre 2008, *El Shennawy*, rec. 417.
Voir : JENNEQUIN (A.), « La dignité de la personne détenue », *RFDA* 2015, p. 1082-1087.
2173. SUDRE (F.), « Du « dialogue des juges » à l'euro-compatibilité... », voir p. 1016 in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, *op. cit*.
Déjà en 1998, Bernard Pacteau notait : « De toute évidence, le Conseil d'État suit et suit de plus en plus, et de plus en plus près, et sans doute même de plus en plus volontiers, les jurisprudences de la Cour européenne » : PACTEAU (B.), « Le juge administratif français et l'interprétation européenne », voir p. 275 in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. F. Sudre, *op. cit*
2174. CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin* et *Marie*, rec. 82 et 85, concl. Frydman ; *RFDA* 1995, pp. 353-370, concl. Frydman ; GAJA 21e éd., n°90.
2175. *RFDA* 1995, p. 361.
2176. Comm., 8 mars 1988, *Théron c. France*, req. n°11.422/85. Voir : SERMET (L.), *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, *op. cit.*, pp. 93-97.
Voir aussi, pour les sanctions prises dans le domaine militaire : CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres*, série A, n°22.

circonstances que le juge devra décider de l'inclusion, ou non, de l'acte dans le champ de ces deux articles. Ainsi, dans l'affaire *Hardouin*, la mesure est attaquable « tant par ses effets directs sur la liberté d'aller et venir […] que par ses conséquences sur l'avance ou le renouvellement des contrats d'engagement » ; de même dans l'arrêt *Marie*, le recours est ouvert « eu égard à la nature et la gravité » de la mesure.

Cette affaire s'inscrit dans la lignée de l'affaire *Oztürk*[2177]. La Cour européenne y a affirmé que les sanctions administratives peuvent entrer dans la matière pénale. Pour cela, il est notamment nécessaire de prendre en compte la nature et la sévérité de l'infraction[2178]. C'est donc par une approche concrète et casuistique que la qualification de la mesure peut être opérée. C'est exactement le sens des conclusions rendues par Frydman, ainsi que le contrôle opéré par le Conseil d'État dans ses deux arrêts. Il y a ici une nette volonté d'harmoniser les positions jurisprudentielles.

Une optique semblable sera reprise par Mattias Guyomar dans ses conclusions sur les arrêts *Planchenault* et *Boussouar*[2179]. Le commissaire du Gouvernement relève que « de nombreux exemples jurisprudentiels illustrent cette exigence de pouvoir accéder à un juge lorsqu'un droit substantiel est affecté par la mesure litigieuse »[2180]. Faisant état des récentes condamnations de la France par la Cour européenne, notamment dans les affaires *Ramirez Sanchez* de 2005 et *Frérot* de 2007, Mattias Guyomar proposera une nouvelle méthode d'identification des mesures attaquables par la voie du recours pour excès de pouvoir[2181], ce afin de respecter les exigences de l'article 13 de la Convention[2182]. En affinant le regard du juge porté sur la catégorie des mesures d'ordre intérieur, cette nouvelle approche en diminue la substance. Selon une expression utilisée par le commissaire du Gouvernement, la jurisprudence européenne joue ici le rôle d'« un utile aiguillon », car « refuser de contrôler les décisions aujourd'hui attaquées reviendrait à accepter de fermer les yeux en

2177. CEDH, 21 février 1984, *Oztürk c. Allemagne*, Série A, n°73.
2178. Point 50.
2179. CE, Ass., 14 décembre 2007, *Planchenault* et *Boussouar,* respectivement au recueil p. 495, et p. 474 ; *AJDA* 2008, pp. 128-135, chron. Julien Boucher et Béatrice Bourgeois-Machureau ; p. 2364, obs. M.-C. Montecler ; *RFDA* 2008, pp. 87-103, concl. Guyomar, sur les affaires *Planchenault* et *Boussouar.*
2180. *RFDA* 2008, p. 90.
2181. Pour ne prendre que l'exemple de l'arrêt *Planchenault*, le juge y précise de façon très claire que « eu égard à sa nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus, une décision de déclassement d'emploi constitue un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; qu'il en va autrement des refus opposés à une demande d'emploi ainsi que des décisions de classement, sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus ». L'appréciation s'effectue en deux temps : d'une part, sont pris en compte la nature et les effets de la décision ; d'autre part, si la mesure ne semble pas, *a priori*, permettre un recours pour ces motifs, le juge s'intéresse toutefois à ses effets concrets sur les droits et libertés. Le premier temps de la réflexion renvoie aux arrêts *Hardouin* et *Marie*. Le second temps, en revanche, permet au juge de porter un regard encore plus précis quant aux effets de l'acte.
2182. CEDH, 27 janvier 2005, *Ramirez Sanchez c. France*, req. n°59450/00 : condamnation de la France pour violation du droit à un recours effectif contre les décisions de placement en isolement.
CEDH, 12 juin 2007, *Frérot c. France*, req. n°70204/01 : violation de la Convention européenne par la France du fait de la qualification de mesure d'ordre intérieure d'une saisie de correspondance entre détenus.

attendant qu'on les ouvre pour vous à Strasbourg »[2183]. Plutôt qu'une harmonisation au sens strict ici, c'est à une véritable anticipation que se livre le commissaire du Gouvernement, suivi en l'espèce par le Conseil d'État. Un raisonnement similaire sera tenu par le même magistrat administratif, un an plus tard, dans la décision *Section française de l'Observatoire international des prisons*[2184]. Cela conduira le Conseil d'État à accepter que les décisions de mise en isolement administratif, c'est-à-dire prises dans un but préventif, puissent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir[2185]. La diminution de la catégorie des mesures d'ordre intérieur et la mise en place d'une méthode d'identification incluant une approche *in concreto* tient pour une large part de l'influence de la Convention européenne[2186].

Quelle que soit la position *in fine* retenue par le Conseil d'État vis-à-vis de la jurisprudence de Strasbourg, elle s'inscrit dans une volonté de dialogue. L'anticipation permet au juge administratif de faire connaître sa position avant que la Cour européenne n'ait tranché clairement la question. En agissant ainsi, il pourra espérer que celle-ci en tienne compte et s'en approche[2187]. De même, une jurisprudence rendue en décalage avec celle de la Cour européenne constitue une invitation de la part du juge administratif à ce qu'elle réévalue sa position ; il dépend ensuite de cette dernière de l'adapter ou de persévérer, si elle n'est pas convaincue par les arguments du juge national[2188]. À l'inverse, en refusant d'anticiper une probable évolution, le Conseil d'État marque son

2183. *RFDA* 2008, p. 100.
2184. CE, Sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, rec. 375, concl. Guyomar.
2185. Tel n'était pas l'objet du recours qui portait en l'espèce sur le décret organisant le régime de la mise à l'isolement.
2186. Voir pour d'autres exemples, dans d'autres domaines : CASSIA (P.) et SAULNIER (E.), « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 1997, pp. 411-420, notamment pp. 415-416.
2187. Voir en ce sens les conclusions de Mattias Guyomar dans l'affaire *Parent et autres* : après avoir mis en évidence que « rien dans la logique de l'article 6 ni dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'impose » d'obliger à prévoir un mécanisme d'aide juridictionnel devant certaines autorités administratives, il en conclut que « dans ces conditions, nous pensons que vous êtes relativement libres aujourd'hui pour déterminer dans quelle mesure les garanties posées à l'article 6§ 3 de la Convention européenne doivent être offertes aux personnes poursuivies dès la phase administrative de la procédure disciplinaire » ; dès lors, « pionniers sur cette question délicate, il vous appartient de dégager une solution qui soit susceptible, à la faveur du dialogue des juges, d'emporter, le moment venu, la conviction de la cour de Strasbourg » (CE, Sect., 27 octobre 2006, rec. 454 ; Bull. Joly Bourse, 2007, pp. 80-105, p. 95). La question posait portait sur l'application de l'article 6-3 à la phase administrative d'adoption des sanctions par les autorités de régulation.
De même, dans ses conclusions sur l'affaire *Diop*, le commissaire du Gouvernement Courtial relevait, à propos de la cristallisation des pensions de retraite que si la lecture du Premier Protocole ne permettait pas de dire qu'elle tombait sous le coup de la protection de la Convention européenne, « la notion de « biens » dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a connu une extension remarquable en évoluant vers la notion d'intérêts patrimoniaux » (CE, Ass., 30 novembre 2001, rec. 605, p. 610 ; GAJA 21e éd., n°101). Aucune décision claire en ce sens de la Cour n'existait. Le commissaire anticipe ici une possible évolution. La Cour européenne lui donnera raison, deux ans après (CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez v. France*, req. n°40892/98).
Pour d'autres exemples d'anticipation : SUDRE (F.), « Du « dialogue des juges » à l'euro-compatibilité... », voir pp. 1028-1031 in in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, *op. cit* ; BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, *op. cit.*, pp. 150-151.
2188. MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, *op. cit.*, pp. 240-244 ; GUYOMAR (M.), « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », voir pp. 318-320 in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de*

désaccord et cherche à inciter la Cour à ne pas se départir de sa position classique[2189]. Le dialogue permet alors une « coopération entre les juridictions », plutôt qu'une opposition ou une soumission[2190].

B. L'interprétation comme pierre angulaire de l'appréciation du juge de l'excès de pouvoir

La liberté du juge vis-à-vis de l'interprétation du texte de référence est donc diminuée dans le cadre du droit de l'Union et de la Convention européenne[2191]. Néanmoins, la possibilité d'interpréter le dispositif législatif en cause reste un moyen efficace pour éviter les incompatibilités[2192]. Devant veiller à la conformité d'une norme inférieure avec les normes supérieures, le Conseil d'État peut, pour ce faire, recourir à l'interprétation. Il peut alors donner à la loi un sens permettant d'éviter une contradiction avec ces normes supérieures, lorsque cela est possible[2193], par le recours à l'interprétation conforme. Cela permet de garantir le respect de la hiérarchie des normes sans aboutir à exclure l'application d'une loi et annuler un acte administratif. Ce pouvoir a été utilisé comme un argument par Patrick Frydman, afin de convaincre le Conseil d'État d'opérer un revirement de jurisprudence par l'arrêt *Nicolo*[2194]. Le commissaire du Gouvernement voulait ainsi mettre en exergue la faiblesse des hypothèses de contradiction entre normes internationales et lois : le juge pouvait essayer, dans la mesure du possible, d'interpréter de façon conforme une loi au regard des traités. Cette possibilité a été rapidement exploitée par le juge[2195].

Jean-Paul Costa, *op. cit*.

2189. SUDRE (F.), « Du « dialogue des juges » à l'euro-compatibilité... », *op. cit.*, p. 1021.

2190. Conclusions de Mattias Guyomar dans l'affaire *Conseil national des barreaux de France* (CE, Sect., 10 avril 2008, rec. 129, p.138).

2191. De CORAIL (J.-L.), « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi. Observations et thèmes de réflexion », pp. 593-606, notamment pp. 604-606 in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003.

2192. Il en va de même d'ailleurs lorsque le juge est confronté à une question de conformité entre deux conventions internationales. Il pourra « éviter » le problème par le biais de l'interprétation.
De même, si le Conseil d'État a accepté un possible contrôle de conformité entre deux textes internationaux, il doit le faire « le cas échéant » en les interprétant conformément aux « règles et principes à valeur constitutionnelle » ainsi qu'aux « principes d'ordre public » : CE, Ass., 23 décembre 2011, *M. Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva*, rec. 623 ; *RFDA* 2012, pp. 1-18, concl. Boucher ; pp. 19-25, avis d'*amicus curiae* donné par Gilbert Guillaume, pp. 26-37, note D. Alland.

2193. GENEVOIS (B.), « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002, pp. 877-886. Le point de l'auteur est repris, et expressément approuvé, par Alexandre Lallet, rapporteur public dans l'affaire *Société d'édition et de protection route* (CE, 23 juillet 2014, rec. 238 ; *RFDA* 2014, pp. 1178-1183, concl. Lallet, notamment p. 1181)
Voir aussi : SEILLER (B.), « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004, pp. 963-970, p. 965.

2194. *RFDA* 1989, p. 820. L'argument se retrouve aussi dans la note de Bruno Genevois sur cet arrêt (*op. cit*., p. 833).

2195. Voir les conclusions de Bernard Stirn dans l'affaire *Confédération nationale des associations familiales et catholiques et autres* (CE, Ass., 21 décembre 1990, rec. 369, notamment voir p. 377) : à propos de la question de la conformité des lois prévoyant l'interruption volontaire de grossesse et l'article 2 de la Convention européenne des droits

Dans ses conclusions sur l'affaire *Bitouzet*, Ronny Abraham insiste sur l'importance de la Convention européenne dans le travail d'interprétation de la loi[2196]. Prononcées à l'occasion d'un recours formé dans le domaine du plein contentieux, elles sont d'une généralité permettant leur transposition en excès de pouvoir. L'arrêt mettait en cause l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme prévoyant à la fois le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme ainsi que des exceptions limitativement énumérées. La question posée était celle de la compatibilité de ce dispositif avec l'article premier du protocole additionnel à la Convention protégeant le droit de propriété. Dans l'optique de cette confrontation, Ronny Abraham insiste sur l'importance de l'introduction du droit de recours individuel devant la Cour européenne, en 1981. Pouvant craindre que l'État soit bien plus facilement condamné, il est nécessaire que le juge puisse, dans la mesure du possible, éviter une telle hypothèse.

Pour cela, le commissaire du Gouvernement expose trois situations pouvant voir le jour lors de la confrontation d'une norme interne et d'une norme conventionnelle : la compatibilité, l'incompatibilité ou encore la conformité partielle. Dans ce dernier cas, la norme n'est pas contraire à la norme conventionnelle, mais elle n'en remplit pas toutes les exigences. Il revient alors au juge administratif « de faire une application combinée du droit interne et du droit conventionnel, celui-ci venant combler les lacunes de celui-là »[2197]. Cette hypothèse est celle réalisée en l'espèce. L'article en cause n'est pas incompatible avec l'article premier du protocole additionnel. Néanmoins, il ne couvre pas suffisamment les cas dans lesquels la Convention européenne impose l'indemnisation du préjudice subi par l'individu. Afin de remédier à ce problème, il est nécessaire de faire un « effort d'interprétation prétorienne »[2198]. Plus clairement encore, Ronny Abraham propose d' « ajouter une exception supplémentaire » à celle prévue par la loi[2199]. Suivi par le Conseil d'État, la loi sera interprétée comme ne faisant pas obstacle à ce que le propriétaire « dont le bien est frappé d'une servitude prétende à une indemnisation dans le cas exceptionnel où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la servitude a été instituée et mise en œuvre, ainsi que de son contenu, que ce propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi ». Cette dérogation prétorienne s'inspire clairement de la jurisprudence de la Cour européenne, citée par le commissaire du Gouvernement. Frédéric Sudre considérait, dans un article paru en 2009, que cette technique d'interprétation dite « neutralisante »,

---

de l'Homme, protégeant le droit à la vie. *In fine*, il est conclu à la conformité des unes à l'autre par l'interprétation large des stipulations de la Convention par le juge administratif.

2196. CE, Sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, rec. 288 ; *RFDA* 1998, pp. 1243-1253 ; *RFDA* 1999, pp. 841-847, note D. de Béchillon.

2197. *ibid*., p. 1247.

2198. *ibid*., p. 1251.

2199. *idem*.

« ayant montré ses limites, elle paraît devoir être désormais cantonnée au seul domaine des servitudes »[2200]. En effet, l'utilisation de la Convention européenne se fait plus clairement, et sa confrontation avec la loi pose désormais moins de problèmes. La jurisprudence *Nicolo* peut jouer pleinement en cas de contradictions trop importantes.

Toutefois, c'est un moyen similaire à celui développé par Ronny Abraham qu'à eu recours le rapporteur public dans l'affaire *Gonzalez-Gomez*, et ce, afin d'éviter une mise en cause future de l'État français[2201]. L'affaire a été jugée, cette fois-ci, en référé. En l'espèce, était en cause l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique, interdisant l'exportation des gamètes du mari défunt vers un pays qui autorise l'insémination *post-mortem*. Le Conseil d'État considère que, si cette interdiction n'est pas contraire à la Convention européenne, elle peut, dans des circonstances particulières, remplies en l'espèce, avoir des conséquences disproportionnées contraires à la même Convention. Le contrôle de la loi s'opère en deux temps : en premier lieu, l'appréciation de sa conformité au texte conventionnel se fait abstraitement ; en second lieu, elle se fait concrètement, c'est-à-dire eu égard à ses conséquences dans le cas d'espèce. Or, celles-ci conduisaient à une violation de la Convention. Dans ses conclusions, Aurélie Bretonneau exhorte le Conseil d'État à se « doter de tous les moyens » pour éviter une condamnation de la part de la Cour européenne[2202]. Dans ce cas précis et particulier, elle propose le recours aux « réserves d'interprétation de facture souple »[2203]. Il s'agit alors de présumer que le législateur n'a pas souhaité violer la Convention. Abstraitement, la loi est conventionnelle. De façon concrète, le juge doit alors considérer la situation comme étant tellement particulière que le législateur ne pouvait la prévoir. Fictivement, s'il avait pu la prévoir, il l'aurait résolu conformément aux exigences de la Convention. Telle est la démarche du juge. Cela revient alors à poser une dérogation très particulière au texte : l'interdiction législative s'impose, à l'exception des cas où elle entraîne des conséquences disproportionnées. Cela revient, pour Aurélie Bretonneau, à « une interprétation sous réserve conventionnelle » visant à affirmer que la loi « n'est compatible avec la Convention qu'à condition de n'être pas si absolue qu'elle y paraît »[2204]. La loi est alors interprétée afin de la rendre compatible, dans ses effets, et pas seulement dans son dispositif. On perçoit le caractère fictif du procédé. Cela revient à dire, en somme, que lorsque la loi pose, de façon conforme à la Convention, une interdiction absolue, elle doit toutefois être entendue comme

2200. SUDRE (F.), « Du « dialogue des juges » à l'euro-compatibilité... », *op. cit.*, p. 1016.
2201. CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez Gomez*, rec. 208, concl. A. Bretonneau ; *RFDA* 2016, pp. 740-753 ; *AJDA* 2016, pp. 1398-1405, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; D. 2016, pp. 1472-1476, note H. Fulchiron ; *RFDA* 2016, pp. 754-760, note P. Delvolvé.
2202. *RFDA* 2016, p. 747.
2203. *ibid*., p. 750.
2204. *ibid*., p. 749.

souhaitant toujours s'y conformer, même lorsque ses conséquences pourraient conduire à des solutions la violant. Le résultat est quelque peu particulier : la loi, même lorsque son application est inconventionnelle, est conforme à la Convention, grâce à la réserve d'interprétation du juge. Cette dernière permet alors à l'autorité administrative de prendre une décision contraire à la loi. Mais, dans les faits, grâce à la dérogation circonstancielle qu'elle traduit, cette décision reflète la conventionnalité de l'ensemble législatif c'est-à-dire du texte législatif et de sa dérogation jurisprudentielle. Il faut admettre que, dans ce cas, l'interprétation portant dérogation, se greffe à la loi. Il s'agit pour le juge, « par déférence pour le législateur, d'éviter de lui faire le faux-procès d'avoir méconnu la Convention »[2205]. C'est bien par le travail jurisprudentiel que ce résultat peut être atteint[2206].

Le développement des normes invocables dans le contentieux de l'excès de pouvoir modifie profondément la liberté du juge ici. Il pourra donner à chaque norme générale et abstraite un sens qui la rendra compatible avec une autre norme, et ce, afin de les combiner[2207]. Même lorsqu'il ne maîtrise pas totalement la norme de référence du contrôle, le juge de l'excès de pouvoir ne voit pas sa capacité d'interprétation remise en cause. Il peut alors agir sur la norme contrôlée afin de la rendre conforme à celle lui étant supérieure. Son pouvoir est encadré par cette dernière. Il le met au service d'une finalité particulière : assurer la compatibilité entre les deux normes. Co-auteur de la norme lorsqu'il l'interprète, le juge peut encore avoir un rôle plus actif : il peut, lui-même, l'élaborer.

L'impact de la Convention européenne sur le juge anglais est particulièrement import, mais n'a pu se faire pleinement que difficilement, par le truchement d'une loi : le *Human Rights Act*.

II. Une réception difficile ouvrant de nouveaux pouvoirs au juge anglais

L'impact qu'a eu l'introduction de la Convention européenne en droit interne anglais est difficile à mesurer, tant ses effets irradient des pans entiers du droit. La littérature à ce sujet est des plus abondantes[2208]. Plusieurs raisons peuvent expliquer cet intérêt. Parmi elles, deux en particulier

2205. *idem*.

2206. Pour une appréciation négative de ce procédé en l'espèce, voir la note de Pierre Devolvé (*RFDA* 2016, pp. 754-760, notamment p. 759).

2207. CRUCIS (H.-M.), *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative*, LGDJ, Paris, 1991, 377 pages, pp. 295-317 ; SAISON (J.), « Le juge administratif et l'adage *lex specialis derogat generalis*. Réflexions sur la liberté de l'interprète », *RFDA* 2016, pp. 556-564 ; SIRINELLI (J.), « La mise en œuvre du droit de l'Union européenne dans le contentieux administratif », voir pp. 1015-1016 in *Traité de droit administratif européen*, 2e éd., sous la dir. de J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère.

2208. *Sceptical Essays on Human Rights*, sous la dir. de T. Campbell, K. Ewing et A. Tomkins, OUP, Oxford, 2001, 422 pages ; *Understanting Human Rights Principles*, sous la dir. J. Jowell et J. Cooper, Hart Publishing, Oxford, 2001, 201 pages ; *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act*, sous la dir. de H. Fenwick, G. Phillipson et R. Masterman, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 455 pages ; KAVANAGH (A.), *Constitutional Review under the UK*

peuvent être relevées. L'acceptation par la classe politique d'un texte d'envergure régional disposant de son propre système juridictionnel s'est faite difficilement, ce malgré une demande croissante de nombreux juristes. En France, si l'introduction de la Convention européenne s'est faite tardivement, elle n'a pas soulevé de débats animés. Bien au contraire, et jusqu'à la jurisprudence *Nicolo*, ses effets étaient peu étudiés. En droit anglais, la réception des effets de la Convention européenne en droit interne se fera également très tardivement, bien plus qu'en France. De surcroît, elle aura lieu dans un climat politique en partie hostile (A.). De plus, le *Human Rights Act* va être structuré autour de différents mécanismes ayant vocation à permettre aux juges de protéger les droits des individus tant face à l'administration qu'au Parlement. Il crée à cette fin des leviers originaux, encore inconnus du droit anglais (B.).

A. La difficile réception de la Convention européenne

Bien que l'incorporation de la Convention européenne ait été également difficile en Angleterre, deux aspects la distinguent fondamentalement de la France[2209]. D'une part, le Royaume-Uni ratifie très rapidement le traité de Rome, le 8 mars 1951. Il sera d'ailleurs le premier pays à le faire, grâce à un large consensus entre conservateurs et travaillistes[2210]. D'autre part, le droit de recours individuel est également admis bien avant la France, dès 1966[2211].

Deux raisons peuvent expliquer ce mouvement d'adhésion rapide. Tout d'abord, les juristes anglais ont activement participé à la rédaction de la Convention européenne, et en ont influencé la substance[2212]. En cela, elle ne leur apparaît pas fondamentalement étrangère. Ce, d'autant plus, qu'à

Human Rights Act, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 455 pages ; YOUNG (A.), *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 180 pages ; *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, sous la dir. de Ellie Palmer, Hart Publishing, Oxford, 2009, ré-impresion de 2007, 345 pages ; HOFFMAN (D.) et ROWE (J.), *Human Rights in the UK. An introduction to the Human Rights Act 1998*, 4e éd., Pearson, Harlow, 2013, 508 pages.

2209. En général sur ce processus, voir : BARBE (V.), « Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire », *RFDC* 2005, pp. 117-145, notamment pp. 117-123 ; CLAYTON (R.) et TOMLINSON (H.), « Lord Bingham and the Human Rights Act 1998 : The Search for Democratic Legitimacy During the 'War on Terror' », pp. 61-71 notamment pp. 61-63 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A Liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit.* ; BATES (E.), « British sovereignty and the European Court of Human Rights », *LQR* 2012, pp. 382-411.

2210. STRAW (J.), « The Human Rights Act – ten years on », *EHRLR* 2010, pp. 576-581, notamment pp. 576-577.

2211. STIRN (B.), FAIRGRIEVE (D.) et GUYOMAR (M.), *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, *op. cit.*, pp. 240-24 ; BARBE (V.), « Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire », *op. cit.*, notamment p. 118 ; O'CINNEIDE (C.), « Human Rights and the UK Constitution », pp. 67-103, notamment pp. 77-78 in *The Changing Constitution*, sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, 8e éd., *op. cit*.

2212. Lord Browne-Wilkinson, « The Infiltration of a Bill of Rights », *PL* 1992, pp. 397-410, notamment p. 404 ; MARSTON (G.), « The United Kingdom's Part in the Preparation of the European Convention of Human Rights 1950 », *ICLQ* 1993, pp. 796-826 ; HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, pp. 31-34 ; WICKS (E.), « The United Kingdom Government's Perceptions of the ECHR at the Time of Entry », *PL* 2000, pp. 438-455 ; Lord Irvine of Lairg, « The Impact of the Human Rights Act : Parliament, the Courts and the Executive », *PL*

cette époque, le droit anglais est considéré comme suffisamment libéral et protecteur des droits : la Convention européenne ne pouvait, par conséquent, jouer qu'un rôle minime[2213]. Elle constitue une forme de reflet des traditions libérales anglaises. C'est cet élément qui a permis un large consensus politique. Ensuite, la ratification et la reconnaissance du recours individuel ne permettent pas de rendre invocables la Convention européenne en droit interne[2214]. Le dualisme interdit l'effet direct du texte, ainsi que l'influence des condamnations pouvant être prononcées contre le Royaume-Uni. Ainsi, le droit anglais interne se trouve protégé des effets de la Convention, alors même qu'elle est considérée comme de peu d'intérêts pour la protection des droits. Mais le problème se trouvait en partie ailleurs. Le Gouvernement Attlee avait quelques objections contre le texte, qu'il pouvait considérer, dans certaines de ses composantes, comme contraire au développement de l'économie planifiée promue par les travaillistes[2215].

Cela va conduire à plusieurs critiques. Notamment, Ronald Dworkin va activement militer pour que le Royaume-Uni se dote d'une loi d'incorporation[2216]. L'auteur américain constate que « la liberté est souffrante en Grande-Bretagne »[2217]. Les libertés des Britanniques ne sont pas suffisamment protégées face au développement croissant des pouvoirs de l'administration, octroyés de façon complaisante par le Parlement[2218]. Il sera rejoint par des juges et auteurs britanniques, tous aussi inquiets face à la faiblesse des cours dans la protection des droits[2219].

De très nombreux textes d'incorporation seront déposés, surtout par les Lords[2220]. Si la volonté de leurs promoteurs est forte, elle se heurte à une opposition également importante. Cette

2003, pp. 308-325, notamment p. 326 ; COSTA (J.-P.) et TITIUN (P.), « Le Royaume-Uni, la France et la Convention européenne des droits de l'homme », voir pp. 364-365 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A Liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit.*

2213. BATES (E.), *ibid.*, p. 386 : l'auteur cite notamment le travail de Hersch Lauterpacht qui écrivit, en 1950, que les cours britanniques ont démontré qu'elles étaient « de fidèles protectrices des droits de l'homme » (*International Law and Human Rights*, Stevens, Londres, 1950, p. 445).

2214. Cet élément avait d'ailleurs décidé le gouvernement Attlee à signer, en 1950, le traité : MARSTON (G.), « The United Kingdom's Part in the Preparation of the European Convention of Human Rights 1950 », *op. cit.*, p. 826.

2215. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, p. 33.

2216. DWORKIN (R.), *A Bill of Rights for Britain*, Chatto & Windus, Londres, 1990, 59 pages.

2217. Propos cités par K.D. Ewing : « The Futility of the Human Rights Act », *PL* 2004, pp. 829-852, voir p. 829.

2218. O'CINNEIDE (C.), « Human Rights and the UK Constitution », voir pp. 71-72 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.

2219. Lord Lester, « Democracy and Individual Rights », *Fabian Tract* 1968, n°390 ; Lord Browne-Wilkinson, « The Infiltration of a Bill of Rights », *op. cit.* ; Lord Bingham, « The European Convention on Human Rights : Time to Incorporate », *LQR* 1993, pp. 390-400 ; SEDLEY (S.), « Human Rights : a Twenty-first century agenda », *PL* 1995, pp. 386-400.

Voir sur ce débat : BARBE (V.), « Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire », *op. cit.*, pp. 119-120 ; EWING (K.D.), « The Futility of the Human Rights Act », *op. cit.*, notamment pp. 830-833 ; ARDEN (M.), « On Liberty and the Euyropean Convention on Human Rights », pp. 3-15 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A Liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit.* ; FENWICK (H.), *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, 5e éd., Routledge, Londres, 2017, 1143 pages, pp. 104-132.

2220. BARBE (V.), *ibid.*, pp. 119-123 ; STRAW (J.), « The Human Rights Act – ten years on », *op. cit.* ; Lord Lester, « The mouse that roared : the Human Rights Bill 1995 », *PL* 1995, pp. 198-202, p. 202.

dernière se structure autour d'une certaine forme d'euroscepticisme, mais aussi de défiance envers l'accroissement des pouvoirs de juges étrangers, dont pâtiraient nécessairement les organes politiques nationaux[2221]. La perspective d'une soumission, même partielle, du législateur apparaît alors pour certains éminents juristes en décalage avec les principes et traditions du pays[2222]. Ces arguments d'opposition ne sont pas différents de ceux utilisés aujourd'hui, tant par des juristes que des hommes politiques, pour critiquer le *Human Rights Act* : l'introduction des droits présents dans la Convention européenne en droit interne anglais aurait conduit le Parlement à perdre de sa souveraineté, face à une Cour supra-nationale dont la jurisprudence, évolutive et difficilement prévisible, aurait largement dépassé le cadre voulu par les rédacteurs du traité de Rome[2223]. Il y a, en cela, une forte continuité politique entre les critiques pré et post *Human Rights Act*[2224]. En 1994, Lord Lester, fortement actif dès les années soixante sur ce thème[2225], propose, à son tour, une loi d'incorporation. La sachant vouée à rester lettre morte, il conclut : « je crois que nous n'aurons plus à attendre longtemps pour que nos droits fondamentaux soient garantis et protégés par notre propre droit »[2226].

Il fallait donc pour contrer cette opposition, une volonté politique tout aussi forte. Elle sera l'œuvre des travaillistes. Ces derniers vont clairement assumer leur ambition dans leur programme

2221. Lord Irvine of Lairg, « The Impact of the Human Rights Act : Parliament, the Courts and the Executive », *op. cit.*, p. 309 ; STRAW (J.), « The Human Rights Act – ten years on », *op. cit.*, p. 577.

2222. BARBE (V.), « Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire », *op. cit.*, p. 120. Il s'agit, en l'occurrence de Lord Denning.

2223. Lord Hoffmann, « Human Rights and the House of Lords », *MLR* 1999, pp. 159-166 ; « The Universality of Human Rights », *LQR* 2009, pp. 416-432.

Voir également, de façon moins polémique : Lady Hale, « Common law and Convention law : the limits to interpretation », *EHRLR* 2011, pp. 534-543, notamment pp. 536-543.

2224. Or, du fait même de cette continuité argumentative, les éléments employés par les opposants à la Convention européenne perdent largement de leur force. Connus depuis les années soixante et soixante-dix, le développement de la jurisprudence de la Cour européenne, et sa volonté d'adapter le texte aux exigences de l'époque, étaient bien connus des politiciens britanniques. Ainsi, Ed Bates a récemment démontré que, bien que souvent critiques vis-à-vis de ces développements, les gouvernements britanniques en avaient pleinement conscience. Cela ne les a jamais empêchés de renouveler régulièrement le droit de recours individuel (qui n'était admis, depuis 1966 que pour quelques années), et de refuser de sortir de la Convention européenne. L'auteur peut ainsi démontrer que l'adoption du *Human Rights Act* s'est faite en pleine connaissance de cause : BATES (E.), « British sovereignty and the European Court of Human Rights », *LQR* 2012, pp. 382-411.

D'ailleurs, l'un des premiers hommes politiques a avoir critiqué les effets du *Human Rights Act* n'est autre que Tony Blair, grand promoteur de la loi. Encore Premier ministre, il s'est élevé contre la jurisprudence de la Cour européenne empêchant l'extradition de certains terroristes, du fait du danger qu'ils pouvaient encourir dans leur pays d'origine. Il considérait notamment, à la suite du 11 septembre, que « les règles du jeu ont changé », plaidant pour une application plus tempérée des de la Convention européenne : CLAYTON (R.) et TOMLINSON (H.), « Lord Bingham and the Human Rights Act 1998 : The Search for Democratic Legitimacy During the 'War on Terror' »,notamment pp. 62-63 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A Liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit*.

Voir également : WICKS (E.), « The United Kingdom Government's Perceptions of the ECHR at the Time of Entry », *op. cit*.

2225. Notamment par la rédaction d'un texte dès 1968, dans lequel il faisait déjà la promotion de l'incorporation de la Convention européenne : Lord Lester, « Democracy and Individual Rights », *Fabian Tract* 1968, n°390.

Voir : BARBE (V.), *ibid*., pp. 118-119.

2226. Lord Lester, « The mouse that roared : the Human Rights Bill 1995 », *op. cit.*, p. 202.

politique, tout en l'enrichissant d'abondantes réflexions sur le sujet. L'incorporation n'est pas une promesse faite à la légère ; elle devient une vraie proposition politique[2227]. Une fois Tony Blair nommé Premier ministre en 1997, le *Human Rights Act* sera élaboré puis voté en dix-huit mois. Le projet reçoit l'assentiment royal, marquant la fin de la procédure législative, le 9 novembre 1998. La loi entre en vigueur le 2 octobre 2000.

B. Le Human Rights Act *: des moyens importants mis à la disposition des juges pour faire respecter la Convention européenne*

Le *Human Rights Act* est une loi quelque peu particulière. Elle n'incorpore pas la Convention européenne. Plutôt, elle liste dans sa section 1, les articles de la Convention européenne comportant des droits invocables devant les cours. Toutefois, comme nous le verrons, il n'est pas question de reproduire exactement les obligations découlant du texte ou de la jurisprudence de la Cour européenne. La loi de 1998 ne donne pas force à ce texte en droit interne. Les dispositions de la Convention européenne sont considérées comme du droit interne[2228]. Adopté pour « rapatrier les droits », le *Human Rights Act* dessine plusieurs mécanismes à cette fin[2229].

Tout d'abord, et nous en avons déjà fait état, la section 6 (1) prévoit la soumission des actions et inactions des « autorités publiques » au respect du *Human Rights Act*[2230]. Cependant, la section 6 (2) prévoit deux séries d'exception. En premier lieu, si l'autorité publique agit par voie de

2227. STRAW (J.), « The Human Rights Act – ten years on », *op. cit.*, p. 578. L'auteur a participé activement à ce projet puisqu'il faisait partie du cabinet fantôme de Tony Blair, de 1994 à 1997. Notamment, il rédigera avec son collègue Paul Boateng le rapport ayant servi de base à celui ayant donné naissance au *Human Rights Act* (*Bringing Rights Home : Labour's Plan to Incorporate the ECHR into UK Law*, *EHRLR*, 1997, pp. 71-80).
2228. FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, *op. cit.*, p. 231 ; WRIGHT (J.), « Interpreting Section 2 of the Human Rights Act 1998 : Towards and Indigenous Jurisprudence of Human Rights », *PL* 2009, pp. 595-616, notamment pp. 598-599.
Cela a été affirmé par différents juges : *R. v. Lambert (Steven)* [2001] UKHL 37, [135] (Lord Clyde) ; *In Re McKerr* [2004] UKHL 12, [65] (Lord Hoffmann) ; *R. (on the application of Minton Morrill Solicitors) v. The Lord Chancellor* [2017] EWHC 612, [26] (Kerr J.).
2229. Du nom du rapport (*Rights Brought Home*, Cm. 3782, 1997) ayant précédé et préparé l'adoption du *Human Rights Act*.
En général, sur les mécanismes retenus : Lord Irvine of Lairg, « The development of human rights in Britain under an incorporated Convention on Human Rights », *PL* 1998, pp. 221-236 ; LEIGH (I.) et LUSTGARTEN (L.), « Making Rights Real : The Courts, Remedies and the Human Rights Act », *CLJ* 1999, pp. 509-545 ; FLAUSS (J.-F.), « Human Rights Act. 1998 : kaléidoscope », *RFDC* 2001, pp. 695-703 ; BARBE (V.), « Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire », *RFDC* 2005, pp. 117-145 ; FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, *op. cit.*, pp. 265 ; O'CINNEIDE (C.), « Human Rights and the UK Constitution », notamment pp. 81-96 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit.* ; FENWICK (H.), *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, *op. cit.*, pp. 133-254.
2230. Voir *supra* : Partie I, Titre I, Chapitre I, Section III, II, C.

« compétence liée », selon l'expression française, du fait d'une loi. Dans ce cas, cela signifie, comme dans la théorie de la loi-écran, que c'est l'acte du législateur qui viole un droit issu de la Convention européenne. Simple exécutante, au sens strict, l'autorité publique ne peut voir son comportement sanctionné. En second lieu, si la loi, ou l'acte pris sur son fondement et habilitant l'autorité à agir, ne peut pas recevoir une interprétation conforme à la Convention européenne, alors l'action administrative ne pourra être sanctionnée. Là encore, l'organe en cause ne fait que donner effet à une disposition législative contraire à un droit de la Convention européenne. Par conséquent, elle remplit son rôle premier, découlant de la volonté du Parlement souverain, et ne peut être entravée dans cette mission. Fondamentale dans le contrôle de l'administration, la section 6 conçoit des limites mettant au centre des réflexions, et de la supervision des juges, la compatibilité de la loi avec la Convention européenne.

Ce sont donc les mécanismes prévus par la loi de 1998 pour confronter l'acte du Parlement au texte européen qu'il est nécessaire d'envisager en priorité. Ce sont deux autres mécanismes, permettant une certaine action des juges sur la loi, qu'il faut ici analyser. Dans une mesure moindre par rapport aux conséquences du *European Communities Act*, le *Human Rights Act* introduit également une possibilité de contrôle de la loi. L'idée d'autoriser les juges à écarter une loi incompatible avec la Convention européenne est rejetée[2231]. Le *Human Rights Act* s'efforce au maximum de ne pas porter atteinte à la souveraineté du Parlement. En particulier, il autorise les juges à entreprendre deux types d'action lorsqu'une loi apparaît en contradiction avec la Convention européenne : l'interprétation conforme (2.) ou, en cas d'impossibilité, la déclaration d'illégalité (3.). Avant cela, et il s'agit d'un autre mécanisme prévu par le *Human Rights Act*, il faut s'intéresser à la section 2 de la loi de 1998. Elle prévoit une obligation pour les juges nationaux : celle de « prendre en compte » la jurisprudence de la Cour européenne lorsqu'il s'agit de veiller au respect de cette loi par les organes y étant soumis (1.). L'ensemble de ces moyens fait peser des contraintes fortes sur le Parlement, conduisant à redéfinir sa souveraineté (4.).

2231. ELLIOTT (M.), « Fundamental Rights as Interpretative Constructs : The Constitutional Logic of the Human Rights Act 1998 », pp. 269-288 in *Judicial Review and The Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit.* ; « Beyond the European Convention : Human Rights and the Common Law », *CLJ* 2015, pp. 85-117, voir pp. 111-115 ; ARMSTRONG (K.), « United Kingdom – Divided on Sovereignty ? », pp. 327-350, notamment pp. 332-335 in *Sovreignty in Transition*, sous la dir. de N. Walker, Hart Publishing, Oxford, 2003 ; Lord Irvine of Lairg, « The Impact of the Human Rights Act : Parliament, the Courts and the Executive », *PL* 2003, pp. 308-325, voir pp. 309-311 ; JACOBS (F.), *ibid.*, pp. 420-424 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 582.

1. La prise en compte de la jurisprudence de la Cour européenne:à la recherche d'un dialogue des juges

La section 2 est révélatrice de l'idée que se font les juristes anglais du *Human Rights Act* : il ne s'agit pas d'une retranscription mécanique et stricte de la Convention et de la jurisprudence européennes, mais d'un système propre comprenant des droits exprimés et développés en référence à la Convention et à la jurisprudence européennes. Si, *a priori*, la disposition est claire, quelques difficultés ont toutefois été mises en exergue[2232]. Or, la question, comme en France, est importante. Il s'agit de définir la part de liberté détenue par le juge dans l'interprétation et l'application des exigences découlant de la jurisprudence de la Cour européenne. Jouant le rôle de norme de référence du contrôle, le sens qui lui est attribué, et les obligations en découlant, déterminent pour une grande part la suite du contrôle effectué.

Les difficultés vont découler d'un passage du jugement de Lord Bingham dans l'affaire *Ullah*[2233]. Précisant la portée qu'il donne à la section 2, il affirme qu'il est nécessaire « de s'inscrire dans les pas de la jurisprudence de Strasbourg telle qu'elle évolue avec le temps : ni plus, mais certainement pas moins non plus »[2234]. Cette approche, admise et reprise par la suite par différents juges[2235], est qualifiée de « principe miroir » : elle obligerait les juges à suivre la Cour européenne, sans aucune véritable liberté. Dès lors, les critiques vont se faire entendre. Certes, cette jurisprudence dote le juge anglais d'une légitimité constitutionnelle incontestable puisqu'il ne fait qu'appliquer, rigoureusement, les préceptes de la Cour européenne dont le Parlement a entendu donner un certain effet par la loi de 1998[2236]. Toutefois, l'opinion du Lord Bingham ferait de la jurisprudence de Strasbourg un « plafond », impossible à dépasser, là où elle devrait constituer un

2232. MASTERMAN (R.), « Section 2 (1) of the Human Rights Act 1998 : Binding Domestic Courts to Strasbourg ? » *PL* 2004, pp. 725-737 ; « Aspiration or foundation ? The status of the Strasbourg jurisprudence and the 'Convention rights' in domestic law », pp. 57-86 in *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act*, sous la dir. de H. Fenwick, G. Phillipson et R. Masterman, *op. cit.* ; ANDENAS (M.) et BJORGE (E.), « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme : quel rôle pour le juge interne ? », *RIDC* 2012, pp. 383-415, notamment pp. 397-402 ; BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, *op. cit.*, pp. 133-137 et pp. 142-154 ; O'CINNEIDE (C.), *ibid.*, notamment pp. 87-90.
2233. *R. (on the application of Ullah) v. Special Adjudicator* [2004] 2 AC 323.
2234. *ibid*., [20].
2235. *R. (on the application of S) v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [2004] UKHL 39, [27] (Lord Steyn) ; *M. v. Secretary of State for Work and Pensions* [2006] UKHL 11, [29] (Lord Mance) ; *R. (on the application Quark Fishing Ltd) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 2)* [2006] 1 AC 529, [34] (Lord Nicholls) ; *R. (on the application of Gentle) v. Prime Minister* [2008] UKHL 20, [56] (Baroness Hale) ; *R. (on the application of Smith) v. Oxfordshire Assistant Deputy Coroner* [2011] 1 AC 1, [60] (Lord Phillips), [93] (Lord Hope) et [147] (Lord Brown).
2236. CLAYTON (R.) et TOMLINSON (H.), « Lord Bingham and the Human Rights Act 1998 : The Search for Democratic Legitimacy During the 'War on Terror' », pp. 61-71 notamment pp. 63-67 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A Liber Amicorum,* sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit*.

« plancher », un minimum à respecter[2237]. De même, en s'inscrivant ainsi dans les pas de la Cour européenne, le Lord aurait méconnu le sens littéral de la section 2. Certainement mal comprise[2238], l'opinion de Thomas Bingham ne reflète plus l'approche aujourd'hui admise. Deux tendances doivent être relevées.

En premier lieu, bien que la section 2 prévoie une prise en compte uniquement, les juges anglais sont prêts à suivre et respecter la jurisprudence de la Cour européenne lorsqu'elle est claire et constante. Toutefois, si celle-ci adopte un jugement, portant sur un point de droit anglais, que les cours anglaises considèrent comme erroné, elles s'autorisent à ne pas l'appliquer[2239]. En réponse, elles peuvent signifier à la Cour européenne qu'elle a mal compris l'élément de droit en question, du point de vue anglais[2240]. Tel a été le cas dans l'affaire *Horncastle*[2241] : la Cour Suprême a refusé de suivre un jugement très critique de la Cour européenne, rendu dans l'affaire *Al-Khawaja*[2242], à propos du mode de preuve dans les affaires pénales en Angleterre, en particulier concernant la pratique du « ouï-dire »[2243]. Reconsidérant la question en Grande Chambre, la Cour européenne changera d'ailleurs d'opinion[2244]. Très récemment, la Cour européenne a rendu un jugement critique envers la définition retenue par la Cour Suprême de la notion de « droit civil » au sens de l'article 6-1. Celle-ci a en effet affirmé dans une affaire *Ali* que ne pouvait recevoir cette définition la possibilité ouverte à une personne sans abri d'obtenir un logement de la part d'une autorité locale, dès lors que cette prestation est soumise à des conditions dont l'organe public doit évaluer le respect[2245]. Remettant en cause cette analyse, la Cour européenne considère que, même conditionnée, il s'agit bien ici d'un droit au sens de l'article 6-1[2246]. Si la Cour d'Appel a suivi cette

2237. LEWIS (J.), « The European Ceiling on Human Rights », *PL* 2007, pp. 720-747 ; BJORGE (E.), « The Courts and the ECHR : A Principled Approach to the Strasbourg Jurisprudence », *CLJ* 2013, pp. 289-300.
2238. WRIGHT (J.), « Interpreting Section 2 of the Human Rights Act 1998 : Towards and Indigenous Jurisprudence of Human Rights », *op. cit.*, notamment pp. 606-608 ; BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, *op. cit.*, pp. 143-144.
Voir également les explications de Lord Carnwath, pour qui Lord Bingham ne voulait pas poser un principe général d'interprétation, ce dernier n'ayant pas envisagé les cas où la Cour européenne est muette sur le problème à résoudre : *Kennedy v. Charity Commission* [2014] UKSC 20, [212].
2239. Ces deux idées sont été très explicitement affirmées par Lord Hodge pour la Cour Suprême : *Moohan & another v. The Lord Advocate* [2014] UKSC 67, [13].
Voir : O'CINNEIDE (C.), « Human Rights and the UK Constitution », *op. cit.*, notamment pp. 88-89.
2240. Lord Hoffmann a clairement exprimé ce point de vue : *R. v. Lyons* [2002] UKHL 44, [46].
2241. *R. v. Horncastle* [2009] UKSC 14.
Voir : HOFFMAN (D.) et ROWE (J.), *Human Rights in the UK. An introduction to the Human Rights Act 1998*, 4e éd., *op. cit.*, pp. 68-69.
2242. CEDH, 20 janvier 2009, *Al-Khawaja*, n°26766/05.
2243. Elle permet à un témoin d'apporter son témoignage, se fondant sur ce qu'il a pu entendre d'une autre personne, à propos de la commission d'un cime. Bien que n'étant pas témoin direct, il est autorisé à rapporter ce qu'il a entendu.
2244. CEDH, 15 décembre 2011, *Al-Khawaja*, n°26766/05.
Voir pour un autre exemple : WRIGHT (J.), « Interpreting Section 2 of the Human Rights Act 1998 : Towards and Indigenous Jurisprudence of Human Rights », *op. cit.*, p. 605 ; Lord Reed, « La Cour suprême du Royaume-Uni et les droits fondamentaux », *AJDA* 2017, pp. 211-216, notamment pp. 212-213.
2245. *Ali v. Birmingham City Council* [2010] UKSC 8.
2246. CEDH, 20 octobre 2015, *Ali c. Royaume-Uni*, req. n°40378/10.

dernière, la Cour Suprême lui a donné tort récemment affirmant que la Cour européenne n'avait pas, sur cette question, de jurisprudence « claire et constante »[2247]. Dès lors, la Cour Suprême se considère liée par sa jurisprudence antérieure, dans l'attente d'une reconsidération pleine et entière de la question par la Grande Chambre. Cette dernière précision laisse entendre que les juges sont prêts à changer leur position, mais que tel ne peut pas être le cas ici, car la Cour de Strasbourg n'a pas suffisamment pris en compte la jurisprudence anglaise. Parfois, les juges ne suivent pas la jurisprudence strasbourgeoise, car le Parlement s'y est clairement et manifestement opposé : tel est le cas de la décision *Hirst*, critiquant l'interdiction du droit de vote des prisonniers[2248].

En second lieu, les juges s'autorisent à aller plus loin que la jurisprudence de la Cour européenne. En la matière, l'affaire *Re P (Adoption : Unmarried Couple)* en est la référence[2249]. Bien qu'elle concerne l'Irlande du Nord, elle est révélatrice de la position de la Cour Suprême. Cette dernière a considéré l'interdiction faite aux couples hétérosexuels non mariés de pouvoir adopter comme constituant une discrimination au regard de l'article 14 de la Convention européenne. Or, à cette date, la Cour européenne n'avait pas pris une telle position. Cependant, pour Baroness Hale, par la loi de 1998, le Parlement a entendu autoriser les cours à développer la protection des droits contenus dans la section 1[2250]. Pour Lord Hoffmann, ces droits font partie du droit interne. S'ils sont développés à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne, les juges n'ont aucune obligation de la suivre à la lettre[2251], surtout lorsque la question à résoudre tombe dans la « marge

2247. Respectivement : *R. (on the application of K) v. Secretary of State for Defence* [2016] EWCA Civ 1149 ; *Poshteh v. Kensington and Chelsea LBC* [2017] UKSC 36.

2248. CEDH, 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (n°2)*, Recueil des arrêts et décisions 2005-IX, req. n° 74025/01.
AMOS (M.), « The Dialogue between the United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights », *ICLQ* 2012, pp. 557-584, voir pp. 577-579 ; BATES (E.), « British sovereignty and the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 407 et pp. 408-410.
En février 2011 s'est tenu un débat sur la décision *Hirst* et la nécessité de modifier le droit interne en conséquence. Les parlementaires ont considéré qu'ils devaient refuser une telle modification, et ce, afin de conduire la Cour européenne à revoir sa position. Tel n'a pas été le cas, puisqu'elle a eu l'occasion de la réaffirmer : CEDH, 22 mai 2012, *Scoppola c. Italie (n°3)*, req. n°126/05 ; CEDH, 4 juillet 2013, *Anchugov et a. c. Russie*, req. n°11157/04 et n°15162/05.
La décision *Hirst* a donné lieu à des critiques tant de la part d'hommes politiques que de médias, voyant en elle, ainsi que dans la réaction des cours nationales, une remise en cause de la volonté et du pouvoir du Parlement.

2249. *Re P (Adoption : Unmarried Couple)* [2008] UKHL 38.
WRIGHT (J.), « Interpreting Section 2 of the Human Rights Act 1998 : Towards and Indigenous Jurisprudence of Human Rights », *op. cit.*, notamment pp. 610-613 ; KAVANAGH (A.), « Strasbourg, the House of Lords or Elected Politicians : Who decides after *Re P* ? » *MLR* 2009, pp. 828-843 ; LEWIS (J.), « *Re P* and Others : An Exception to the « No More, Certainly No Less »Rule », *PL* 2009, pp. 43-47 ; ANDENAS (M.) et BJORGE (E.), « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme : quel rôle pour le juge interne ? », *op. cit.*, pp. 400-402 ; CLAYTON (R.), « Smoke and mirrors : the Human Rights Act and the impact of Strasbourg case law », *PL* 2012, pp. 639-657 ; Lord Irvine of Lairg, « A British Interpretation of Convention Rights », *PL* 2012, pp. 237-252.
Pour une critique de la remise en cause du principe-miroir : SALES (P.), « Strasbourg Jurisprudence and the Human Rights Act : a response to Lord Irvine », *PL* 2012, pp. 253-267.

2250. *ibid*., [119].
Elle a confirmé cette idée par la suite : *McCaughey & another* [2012] 1 AC 725, p. 757.
Elle a été soutenue par Richard Clayton, reprenant les débats parlementaires concernant l'adoption du *Human Rights Act*, et démontrant la volonté du Parlement de laisser une forme de liberté aux juges britanniques : CLAYTON (R.), « Smoke and mirrors : the Human Rights Act and the impact of Strasbourg case law », *op. cit.*, pp. 641-643.

2251. *ibid*., [33].

nationale d'appréciation » laissée à l'État[2252]. Ils peuvent néanmoins en anticiper les développements, lorsqu'il est possible d'identifier une tendance en ce sens dans les jugements de la Cour de Strasbourg[2253]. Le « principe-miroir », considéré comme un plafond, est battu en brèche.

Il y a un net rapprochement avec le Conseil d'État. En somme, plus la position des juges européens est claire et constante, plus les juges anglais se sentiront à même de la suivre fidèlement, sauf circonstances particulières[2254]. Une mauvaise compréhension du droit anglais peut entrer dans ce cas de figure. Toutefois, si la jurisprudence est muette sur une question précise, mais qu'elle tend vers une solution en particulier, les juges peuvent l'anticiper, sans attendre de jugement clair en ce sens[2255] ; il leur est alors possible d'aller plus loin que le simple respect de la jurisprudence européenne. À l'instar du juge administratif français, le juge anglais n'attend pas que la Cour européenne lui ouvre les yeux sur un problème pour le régler[2256]. Lord Kerr a ainsi demandé aux cours anglaises de ne pas adopter une « attitude agnostique » en s'interdisant de reconnaître un droit « uniquement parce que Strasbourg n'a pas parlé »[2257]. Selon le Lord, c'est en disant clairement aux juges européens ce que veulent les cours nationales qu'un dialogue entre les deux ordres peut s'installer[2258].

R. (on the application of Nicklinson) v. Ministry of Justice [2014] UKSC 38, [70] et [73] (Lord Neuberger). Sur cette affaire, voir : FERREIRA (N.), « The Supreme Court in a final push to go beyond Strasbourg », *PL* 2015, pp. 367-375.

2252. *ibid*. [31] et [37]-[38].

Voir également : *R. (on the application of Nicklinson) v. Ministry of Justice* [2014] UKSC 38, [70] (Lord Neuberger).

2253. *ibid*., [27].

Pour des exemples antérieurs de développement en l'absence de position claire de la Cour européenne : WRIGHT (J.), « Interpreting Section 2 of the Human Rights Act 1998 : Towards and Indigenous Jurisprudence of Human Rights », *op. cit.*, pp. 599-600.

2254. En ce sens, l'affirmation claire des Lords dès les premiers pas du *Human Rights Act* : *R. (on the application of Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, [26] (Lord Slynn) ; *R. (on the application of Anderson) v. Secretary of State for the Home Department* [2002] UKHL 46, [18] (Lord Bingham).

AMOS (M.), « The Dialogue between the United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights », *ICLQ* 2012, pp. 557-584, notamment pp. 564-565.

2255. Même dans le cas où cette tendance semble contraire à la position initiale de la Cour européenne, mais que celle-ci n'a pas encore opéré clairement un revirement : *R. (on the application of Quila) v. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 45, [43] (Lord Wilson).

2256. Pour une étude comparative complète et précise de l'application de la Convention européenne par les juges nationaux, voir : BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, OUP, Oxford, 2015, 264 pages.

Voir également : ANDENAS (M.) et BJORGE (E.), « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme : quel rôle pour le juge interne ? », *RIDC* 2012, pp. 383-415.

2257. *Ambrose v. Harris* [2011] UKSC 43, [128]. Il s'agit là d'un jugement dissident. Lord Hope a, quant à lui, réaffirmé la jurisprudence *Ullah* en affirmant l'impossibilité pour les juges nationaux de développer leur propre approche de l'interprétation de la Convention européenne : voir [19]-[20].

Lord Wilson considère que les cours ne doivent plus uniquement rester dans « l'ombre » de la Cour de Strasbourg : *British Broadcasting Corporation & another v. Sugar* [2012] UKSC 4, [59].

2258. *ibid*., [30].

Sur ce thème, voir : AMOS (M.), « The Dialogue between the United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights », *ICLQ* 2012, pp. 557-584 ; JACOBS (F.), « European Law and the English Judge », notamment p. 424 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit.* ; Lord Reed, « La Cour suprême du Royaume-Uni et les droits fondamentaux », *op. cit.*, notamment pp. 212-213.

Comme en France, l'idée d'un « dialogue » entre les juridictions résume avec beaucoup de clarté la position des juges internes[2259]. La notion renvoie à un échange entre les cours, et ce, dans le but d'arriver à une certaine position ou action en prenant en compte les arguments de chaque partie[2260]. Le « dialogue » permet la compréhension, ainsi que l'expression d'une volonté de conciliation, et non d'opposition ou de soumission. Tant les conclusions des commissaires du Gouvernement et rapporteurs publics, que des juges britanniques, mettent en évidence une certaine recherche d'équilibre dans la réception de la jurisprudence strasbourgeoise. Elle est prise en compte et suivie dans la grande majorité des cas, surtout si elle apparaît avec une certaine clarté et constance lui donnant une grande fermeté. Toutefois, les juges refusent de l'appliquer en fermant les yeux, de façon mécanique. Ils peuvent l'anticiper ou la contredire lorsque les circonstances l'imposent. Les juges nationaux jouent les premiers rôles dans la protection des droits conventionnels ; à ce titre, ils s'inscrivent volontiers dans les pas de la Cour européenne, ce qui permet de légitimer leur position. Toutefois, ils gardent leur indépendance, et s'autorisent à s'écarter de la jurisprudence de Strasbourg. En agissant ainsi, ils renseignent la Cour européenne, tant sur ce qu'ils sont prêts à accepter (anticipation) que sur ce qui leur apparaît plus discutable (contradiction). À charge ensuite à elle d'accepter le dialogue et de faire évoluer en conséquence sa jurisprudence, ou au contraire de la réaffirmer. De leur côté, les juges anglais doivent tout faire pour rendre compatible les lois avec la Convention européenne.

2259. Le terme peut s'appliquer aussi à la doctrine. Différentes positions sont en effet défendues par les auteurs, signe d'une discussion toujours importante sur cette question, et constituant ainsi un dialogue doctrinal enrichissant les débats. Trois positions ressortent notamment. Pour certains, le « principe-miroir » doit prévaloir ; pour d'autres, la jurisprudence de la Cour européenne est uniquement un plancher, les juges internes pouvant aller au-delà ; enfin pour d'autres, l'interprétation par les cours anglaises est libre.
Sur la première position : SALES (P.), « Strasbourg Jurisprudence and the Human Rights Act : a response to Lord Irvine », *PL* 2012, pp. 253-267.
Sur la deuxième position : CLAYTON (R.), « Smoke and mirrors : the Human Rights Act and the impact of Strasbourg case law », *PL* 2012, pp. 639-657. Notons que l'auteur fait notamment référence aux conclusions de Mattias Guyomar dans les affaires *Planchenault* et *Boussouar* (voir pp. 654-655). Voir également : FERREIRA (N.), « The Supreme Court in a final push to go beyond Strasbourg », *PL* 2015, pp. 367-375.
Sur la troisième position : Lord Irvine of Lairg, « A British Interpretation of Convention Rights », *PL* 2012, pp. 237-252.
2260. Voir en particulier : AMOS (M.), « The Dialogue between the United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights », *op. cit*. Pour une définition du terme même, voir en particulier pp. 558-560. Le reste de l'article est consacré à la mise en exergue de l'existence d'un tel dialogue entre les cours nationales britanniques et la Cour européenne, ainsi que sur ses bienfaits. L'auteur identifie trois situations dans lesquelles le dialogue est central : lorsque la Cour européenne a rendu un jugement erroné sur le droit anglais ; lorsque la question tombe dans la marge d'appréciation du Royaume-Uni ; et lorsque la jurisprudence de la Cour n'est pas claire ou précise sur une question (voir, p. 582).

2. L'interprétation conforme : une obligation textuelle

La section 3 du *Human Rights Act* pose une obligation d'interprétation conforme. Celle-ci doit se faire « autant que possible », et ce, afin que le texte (loi ou législation déléguée) soit lu et ait un effet compatible avec la Convention européenne. Cette première possibilité ouvre un large pouvoir aux cours. La section 3 entre en jeu lorsque l'intention du Parlement ne peut pas être conciliée avec la Convention par l'application des principes classiques d'interprétation[2261]. Ce sont donc eux qui s'appliquent en premier lieu. Le recours à la section 3 n'intervient qu'ensuite. Toutefois, le (2) de la section 3 précise qu'elle ne peut conduire à remettre en cause la validité ou l'exécution d'une loi incompatible avec la Convention. Elle apparaît comme un moyen de sauver la loi d'une incompatibilité qui paraît évidente. L'interprétation conforme est donc utilisée dans les cas les plus difficiles, ce d'autant plus qu'aucune condition d'ambiguïté n'est posée[2262]. Elle n'est pas, sur ce point, comparable à ce qui se fait dans le cadre du droit international.

La section 3 renforce donc l'obligation d'interprétation conforme, lorsqu'est en cause la Convention européenne[2263]. Il faut, pour les juges, réussir à donner à une loi claire, un sens compatible avec elle ; il n'y a pas à choisir entre plusieurs interprétations possibles. C'est à une véritable construction que doivent se livrer les juges. Elle permet alors de définir plus strictement le champ du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Cette faculté est d'autant plus importante que le champ de la section 3 est plus large que celui de la section 6, dont l'invocation est limitée aux seules « victimes » d'un préjudice. La section 3 constitue un outil d'une grande utilité pour contourner cet obstacle[2264]. Les principes en guidant l'utilisation ont été posés dans l'affaire *Ghaidan v. Godin-Mendoza*[2265].

2261. *R. (on the application of Fuller) v. Chief Constable of Dorset* [2002] 3 WLR 1133, [39] (Burnton J.) ; *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, [24] (Lord Nicholls) ; *R. (on the application of Hurst) v. London Northern District Coroner* [2007] UKHL 13, [49] (Lord Brown).
KAVANAGH (A.), « The Role of Parliamentary Intention in Adjudication under the Human Rights Act 1998 », *OJLS* 2006, pp. 179-206, notamment p. 191.
2262. *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, [29] – [30] (Lord Nicholls) ; [44] (Lord Steyn) ; [67] (Lord Millett).
Pour une comparaison avec la jurisprudence *Marleasing* de la Cour de Justice : BETLEM (G.), « The Doctrine of Consistent Interprétation – Managing Legal Uncertainty », *OJLS* 2002, pp. 397-418, notamment pp. 415-417 ; SALES (P.), « A comparison of the principe of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998 », *LQR* 2009, pp. 598-615, voir p. 608.
Cette analogie est aussi affirmée dans l'affaire *Ghaidan v. Godin-Mendoza* notamment [45] (Lord Steyn) et [118] (Lord Lord Rodger).
2263. KAVANAGH (A.), « The Role of Parliamentary Intention in Adjudication under the Human Rights Act 1998 », *OJLS* 2006, pp. 179-206 ; NICOL (D.), « Statutory interpretation and human rights after *Anderson* », *PL* 2004, pp. 274-282.
2264. ELLIOTT (M.), « The Human Rights Act 1998 and the standard of substantive review », *CLJ* 2001, pp. 301-336, pp. 328-334.
2265. [2004] UKHL 30.
Voir : Lord Irvine of Lairg, « The Impact of the Human Rights Act : Parliament, the Courts and the Executive », *op. cit.*, pp. 319-321 ; BLAKELEY (R.), « Counting sheep : Ghaidan v Godin-Mendoza and the true extent of section 3 of the

En premier lieu, les juges ne peuvent s'en tenir aux termes de la loi comme ils ont été entendus par son auteur[2266]. Puisque celle-ci est claire, et en contradiction avec la Convention européenne, il faut s'en écarter afin de la rendre compatible avec cette dernière. Cette approche illustre la différence avec les règles classiques d'interprétation, par le biais desquelles c'est la véritable intention du Parlement qui est recherchée[2267]. En cela, « une cour peut modifier le sens, et donc l'effet, d'une loi ou d'une législation déléguée »[2268]. Ce qui compte ce n'est pas l'intention du Parlement, mais les effets concrets des dispositions en cause[2269]. Dans une certaine mesure, c'est à un travail de réécriture auquel les juges vont devoir procéder. Ils peuvent s'écarter de l'intention claire du Parlement, transcrite dans la loi et ce afin de veiller au respect de l'intention du Parlement, exprimée dans la section 3 du *Human Rights Act*[2270]. Le législateur voit ainsi son champ d'action être diminué. D'autant plus que l'obligation d'interprétation conforme pèse aussi sur les lois antérieures au *Human Rights Act*[2271]. Cette précision est importante[2272]. Elle confirme que les juges ne s'intéressent pas à l'intention du Parlement lors de la rédaction de la loi puisque celui-ci ne peut pas être considéré comme ayant souhaité légiférer conformément à un texte postérieur. Dans *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, Lord Roger admet même qu'il est envisageable de lire et de comprendre la loi en y ajoutant plusieurs termes[2273]. Lord Millett reconnaît que les juges peuvent en donner une lecture restrictive ou extensive si nécessaire[2274].

Human Rights Act », *Cambridge Student Law Review* 2005, pp. 1-10 ; KAVANAGH (A.), *ibid.* ; SALES (P.), « A comparison of the principe of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998 », *LQR* 2009, pp. 598-615, notamment pp. 607-609 ; BRADLEY (A.), « The Sovereignty of Parliament – Form or Substance ? », voir pp. 61-66 in *The Changing Constitution*, 7e éd., sous la dir. de J. Jowell et D. Oliver, *op. cit.* ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op cit.*, pp. 143-145 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, pp. 668-670 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit*., pp. 586-588 ; ELLIOTT (M.), « Choosing between section 3 and 4 of the Human Rights Act 1998 : judicial reasoning after *Ghaidan v. Mendoza* », pp. 114-142 in *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act*, sous la dir. de H. Fenwick, G. Phillipson et R. Masterman, *op. cit.* ; « Beyond the European Convention : Human Rights and the Common Law », *op. cit.*, p. 98-100 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.,* pp. 778-785 ; Lord Reed, « La Cour suprême du Royaume-Uni et les droits fondamentaux », *AJDA* 2017, pp. 211-216.
Pour une étude des principes antérieurement à cette jurisprudence, voir la bibliographie précitée et également : NICOL (D.), *ibid*.
2266. *ibid*., [31] (Lord Nicholls).
2267. Sur la différence entre les deux méthodes, celle de *common law* et celle de la section 3 : KAVANAGH (A.), *ibid*., pp. 194-196.
2268. *ibid*., [32] (Lord Nicholls).
2269. *ibid*., [35] (Lord Nicholls).
2270. *ibid*., [31] (Lord Nicholls).
Voir également : *R. v. A (No. 2)* [2002] 1 AC 45, [44] (Lord Steyn).
Sur les controverses doctrinales découlant de l'utilisation de la section 3, voir : ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit*, pp. 783-185.
2271. Tel est le cas dans l'affaire *Ghaidan v. Godin-Mendoza.*
2272. Elle était admise dès la rédaction du projet de loi donnant naissance à la loi de 1998 : *Rights Brought Home*, Cm. 3782, pp. 10-11.
Voir également : KAVANAGH (A.), *ibid*., notamment pp. 189-190.
2273. *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, [122].
Voir également : *R. v. Lambert (Steven)* [2001] UKHL 37, [80] (Lord Hope).
2274. *ibid*., [67].
KAVANAGH (A.), *ibid*., pp 197-198.

En second lieu, et si la section 3 ouvre pratiquement un droit de réécrire la loi, son utilisation connaît une limite admise par Lord Roger : les juges doivent porter « une attention particulière aux principes essentiels et au champ de la législation interprétée »[2275]. Les modifications apportées au sens de la loi doivent, en une certaine proportion, rester relativement périphériques et marginales. Il ne s'agit pas, pour les juges, de contredire le texte. Cela permet de préserver la différence entre l'interprétation, fondement de la section 3, et l'amendement, technique interdite aux juges[2276]. L'interprétation de la loi ne doit pas aller contre un « aspect fondamental de la loi » car « le Parlement conserve le droit d'adopter une législation qui n'est pas en accord avec la Convention »[2277].

Cette réserve permet de protéger les pouvoirs du Parlement. De façon quelque peu fictive, les juges considèrent toujours que c'est bien l'intention du législateur qui est exécutée, mais une intention modelée conformément aux nécessités de la Convention européenne[2278]. Elle empêche les juges de se faire législateurs et censeurs du Parlement souverain. Toutefois, cette limite ne joue véritablement qu'en cas d'intention manifeste. Cela laisse un large spectre de situations pouvant entraîner l'application de la section 3. Ce, d'autant plus, que la détermination de ce que constitue la substance fondamentale de la loi est très difficile et dépend largement du contexte. Dans l'affaire *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, était en cause une disposition du *Rent Act* de 1977 prévoyant qu'à la mort du locataire d'une maison, son conjoint devenait locataire de droit, à la condition que le couple y vive comme « comme mari et femme ». Cette dernière expression est considérée par les juges comme incluant une discrimination entre couples hétérosexuels et homosexuels, contraire à l'article 8 de la Convention. Face à cette violation claire des exigences de l'article 8, la majorité des juges décide qu'il faut l'entendre comme traitant également les couples de même sexe, alors même que la loi parle nettement d' « époux », de « femme » et d' « homme ». En opérant ce travail d'interprétation, les juges font respecter l'intention du Parlement, exprimée dans le *Human Rights Act*. Il est en effet difficile de considérer que le législateur de 1977 a entendu les termes en cause comme comprenant les couples de même sexe. Ce n'est donc pas son intention, mais celle exprimée dans la loi de 1998 qui est ici à l'œuvre[2279]. Lord Millett s'oppose toutefois à cette conclusion et y

2275. *idem*.
KAVANAGH (A.), *ibid.*, pp. 199-204.
2276. *idem*.
Dans l'affaire *R. v. A (No. 2)*, Lord Hope avait déjà précisé que, par le biais de la section 3, les juges devaient rester dans leur fonction, et ne pas faire acte de législateur (*R. v. A (No. 2)* [2002] 1 AC 45, [108]). Lord Hoffman, dans sa décision sur l'affaire *Wilkinson*, rappelle qu'il s'agit toujours d'interpréter la loi, et non, *a fortiori*, de légiférer (*R. (on the application of Wilkinson) v. Commissioners of Inland Revenue* [2005] UKHL 30, [17]).
2277. *ibid*., [33] (Lord Nicholls) ; [67] (Lord Millett).
2278. *R. v. Offen (No. 2)* [2001] 1 WLR 253, [99] : Lord Woolf exprime clairement ce point de vue. Interprétée par le biais de la section 3, la loi en cause subit les ajustements nécessaires, mais c'est toujours l'intention du Parlement exprimée par dans cette dernière qui est exécutée.
2279. *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, [40] (Lord Steyn).

voit une « usurpation de la fonction du Parlement » et comme un possible transfert « du pouvoir législatif du Parlement vers la Cour Européenne »[2280]. Selon lui, la loi a été prise pour protéger avant tout les veuves, et n'a été étendue qu'ensuite qu'aux hommes, sans volonté d'y inclure les couples de même sexe[2281].

Ce jugement illustre l'importance des deux points soulevés plus haut : le pouvoir d'interprétation conforme est une arme particulièrement puissante et efficace, permettant de dépasser le sens classique et clair des mots ; toutefois, elle est d'un maniement difficile pour les juges, qui ne doivent pas en abuser.

D'autres exemples le démontrent. Dans une affaire jugée en 2005, la loi prévoyant expressément la possibilité pour une veuve de se voir accorder un abattement fiscal ne peut être interprétée comme s'étendant aux veufs[2282]. Lord Hoffmann considère la situation comme étant différente de celle de l'affaire *Ghaidan v. Godin-Mendoza*[2283]. Dans cette dernière, le sens attribué à la loi suite à l'utilisation de la section 3 était celle qu'un « lecteur raisonnable » pouvait admettre[2284]. Tel n'est pas le cas pour ce qui est de l'inclusion du terme « veuf » lorsque la loi parle de « veuve »[2285].

De façon similaire, dans l'affaire *Anderson*, était en cause le *Crime (Sentence) Act* de 1997, dont la section 29 prévoyait qu'un détenu emprisonné à vie pouvait bénéficier d'une libération conditionnelle si la Commission compétente recommandait une telle décision au ministre de l'Intérieur et que celui-ci acceptait[2286]. Le dernier mot appartenait donc au ministre, ce qui a été perçu comme une violation de l'article 6 de la Convention européenne. Toutefois, la section 3 n'a pas été utilisée par la Chambre des Lords. Dans les termes mêmes de Lord Bingham, cela aurait constitué du « vandalisme judiciaire » et non par une « interprétation judiciaire » que d'en décider autrement[2287]. Ici, l'intention du Parlement est suffisamment claire et ne peut pas être lue autrement

2280. *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, [99].
2281. *ibid*., [92].
2282. *R. (on the application of Wilkinson) v. v. Commissioners of Inland Revenue* [2005] UKHL 30.
2283. *ibid*., [17] – [19].
2284. *ibid*., [18].
2285. De même, dans l'affaire *Bellinger v. Bellinger* ([2003] 2 AC 467) la Chambre des Lords a refusé de considérer un homme ayant subi un changement de sexe comme étant une femme au sens du *Matrimonial Causes Act* de 1973, établissant le mariage entre un homme et une femme. Bien que la loi soit considérée comme contraire à la Convention, il n'appartient pas aux juges d'opérer une telle innovation par la voie de l'interprétation. Cette décision doit appartenir au Parlement, car elle a des conséquences et implique des considérations dépassant les fonctions des juges. En plus de ne pas pouvoir donner n'importe quel effet aux termes de la loi, les cours sont contraintes par les conséquences pratiques que pourrait avoir une interprétation s'éloignant trop du sens originel de celle-ci.
Voir : WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, pp. 669-670 ; KAVANAGH (A.), « The Role of Parliamentary Intention in Adjudication under the Human Rights Act 1998 », *op. cit.*, pp. 199-204.
2286. *R. (on the application of Anderson) v. Secretary of State for the Home Department* [2002] UKHL 46.
2287. *ibid*., [30].

que comme autorisant le ministre à avoir le dernier mot[2288]. Bien que l'incompatibilité avec la Convention soit manifeste, l'interprétation conforme n'est d'aucun secours, car aucune interprétation n'est ici envisageable. De plus, la modification à opérer est d'une trop grande ampleur pour relever uniquement d'une décision juridictionnelle[2289]. L'impact de l'interprétation est là aussi pris en compte. Cependant, dans une autre affaire, les juges ont pu interpréter le *Criminal Justice Act* de 2003 conformément à l'article 6 de la Convention européenne[2290]. Cette loi interdisait au juge, devant décider de la peine minimum de prison que devait exercer un individu condamné à une peine à vie, de tenir une audience publique. La Chambre des Lords, utilisant la section 3 du *Human Rights Act*, autorise le juge à procéder à une telle audience.

On le voit, l'interprétation conforme est un outil particulièrement efficace de construction de la loi. Il permet aux juges de rendre cette dernière compatible avec la Convention, lorsque cela est possible, c'est-à-dire lorsque la loi, bien que claire, peut recevoir un sens conforme et que cette modification n'entraîne pas des conséquences trop importantes dans le domaine concerné. Il en va exactement de même dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Ainsi, les conclusions de Ronny Abraham dans l'affaire *Bitouzet* ou d'Aurélie Bretonneau, plus récemment, sur l'espèce *Gonzalez-Gomez* en fournissent des exemples clairs. Tous deux n'ont pas hésité à recourir à des interprétations très constructives, et ce, afin de rendre conforme une loi à la Convention européenne ; là aussi, ce sont les effets concrets de la loi qui ont été évalués. L'interprétation s'avère être une méthode particulièrement efficace : sans remettre fondamentalement en cause la loi, en la réécrivant à la marge, et sans violer l'intention du législateur, présumé ne pas vouloir enfreindre la Convention européenne, les juges peuvent créer du droit. L'objectif est de mettre en conformité le système juridique avec les engagements internationaux signés par les États. Toutefois, la réserve de l'intention claire du législateur démontre, une fois de plus une forme de soumission des juges au Parlement.

2288. *ibid*., [30] (Lord Bingham) ; [59] (Lord Steyn).
2289. Pour un argument similaire dans une autre affaire : *S. (Care Order : Implementation of Care Plan), Re* [2002] 2 AC 291. La Cour d'Appel reconnaît l'incompatibilité de la loi en cause avec l'article 8 de la Convention européenne. Il était question d'une loi autorisant les cours à octroyer la responsabilité d'enfants à des autorités locales. Toutefois, les juges considèrent que le texte ne prévoit pas suffisamment de moyens de contrôle sur l'exercice de leurs obligations par les autorités locales. La Cour d'Appel s'appuie sur la section 3 pour construire un système de renvoi devant la Cour afin de veiller elle-même au bon respect des obligations en cause. En appel, la Chambre des Lords critique cette construction comme dépassant le simple cadre de l'interprétation, et comme constituant une « innovation judiciaire » ([43], Lord Nicholls). La décision de la Cour d'Appel viole le sens fondamental de la loi, octroyant la responsabilité des enfants en premier lieu aux autorités locales. De plus, cela risquerait de provoquer des charges financières et administratives supplémentaires sur ces autorités difficilement quantifiables. De ce fait, une telle décision ne peut appartenir aux juges ([23] – [25] et [43] – [44] (Lord Nicholls).
2290. *R. (on the application of Hammond) v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 69.

3. La déclaration d'incompatibilité : l'appel au Parlement comme dernier recours

Sur ce point, la loi de 1998 introduit un mécanisme tout à fait original en droit anglais. La section 4 du *Human Rights Act* octroi un pouvoir particulier aux juges : ils peuvent déclarer une loi incompatible avec la Convention européenne. Toutefois, les conséquences de ce pouvoir restent, dans l'instant du procès, très faibles. Le (6) de la section 4 prévoit, d'une part que la déclaration ne remet pas en cause la validité ou les effets de la loi, et d'autre part qu'elle n'a aucun effet sur les parties à l'instance. Les juges ne peuvent la remettre en cause. Bien que considérée contraire à la Convention européenne, c'est bien elle qui régira l'issue du procès. L'expression « déclaration d'incompatibilité » est donc à prendre au sens strict. Elle constitue l'ultime arme des juges en cas de contradiction claire et insoluble par la voie de la section 3. Quand tout a été tenté pour sauver la loi, les juges ont recours à la section 4[2291]. La déclaration d'incompatibilité constitue un appel à modifier la législation, non une obligation. Elle conduit les cours et le Parlement à entrer dans un dialogue, là où la section 3 conduit plutôt à une confrontation directe[2292]. La déclaration d'incompatibilité ne constitue pas uniquement une invitation à reconsidérer la loi. Elle ouvre la possibilité pour le ministre compétent d'actionner la section 10 du *Human Rights* Act[2293]. Celle-ci l'autorise à amender la loi par voie de législation secondaire : le ministre prend alors un acte devant être approuvé par chaque chambre du Parlement. Constituant une procédure rapide et efficace de modification de la loi, elle est toutefois utilisée relativement rarement, la procédure législative classique étant préférée.

Il n'est pas rare qu'étant d'accord sur la contrariété entre la loi et la Convention, mais non sur ce qui en constitue les caractéristiques fondamentales, les juges divergent sur le recours à la section 3 ou à la section 4[2294]. L'affaire *A. v. Secretary of State for the Home Department* constitue sûrement l'exemple le plus médiatique d'utilisation de cette dernière[2295]. À la suite des attentats du 11

2291. *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, [46] (Lord Steyn).
Lord Irvine of Lairg, « The Impact of the Human Rights Act : Parliament, the Courts and the Executive », *op. cit.*, p. 319.
2292. Lord Irvine of Lairg, « The Impact of the Human Rights Act : Parliament, the Courts and the Executive », *op. cit.* ; NICOL (D.), « Statutory interpretation and human rights after *Anderson* », *PL* 2004, pp. 274-282 ; HICKMAN (T.), *Public Law after the Human Rights Act*, Hart Publishing, Oxford, 2010, 356 pages, p. 60.
2293. WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op cit.*, pp. 136-137 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit*., pp. 582-584 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 785-788.
2294. *R. (on the application of GC) v. Commissioner of Police of the Metropolis* [2011] UKSC 21 : la section 64 (1A) du *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 autorisait la détention illimitée de donnée sur des individus ayant été suspectés dans une affaire. Les cinq Lords concluent à l'incompatibilité de cette disposition avec l'article 8 de la Convention européenne. Toutefois, la majorité recourt à la section 3 pour y inclure une limite de temps. Deux Lords (Lord Brown et Lord Rodger) considèrent l'affaire trop importante et comme devant relever d'une appréciation du Parlement. Ils préfèrent utiliser ici la section 4.
Elle a été utilisée dans les affaires mentionnées plus haut, pour lesquelles les juges ont refusé d'user de la section 3.
2295. *A. v. Secretary of State for the Home Department* [2005] 2 AC 68.
COHN (M.), « Judicial activism in the House of Lords : a composite constitutionalist approach », *PL* 2007, pp. 95-115.

septembre, le Royaume-Uni a adopté une législation anti-terroriste particulièrement restrictive pour les libertés. Le *Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001 prévoyait notamment la possibilité de détenir toute personne n'étant pas de nationalité britannique, dès lors que sa présence constituait, selon le ministre de l'Intérieur, une menace pour la sécurité nationale, mais dont le renvoi n'était pas possible dans l'immédiat. Cette disposition a été considérée par les Lords comme discriminatoire, en ce qu'elle ne concernait que les non-nationaux. Elle a été, de surcroît, considérée comme disproportionnée. Les Lords l'ont déclarée incompatible avec la Convention européenne. La décision conduira à l'adoption d'une nouvelle loi, le *Prevention of Terrorism Act* de 2005, abandonnant notamment la discrimination, et dont certaines dispositions ont été interprétées par le biais de la section 3 afin de les rendre compatibles avec la Convention européenne[2296].

Les effets relativement limités de la déclaration d'incompatibilité sur l'ordonnancement juridique en autorisent une utilisation souple. La section 4 a pu être utilisée récemment, de façon originale, contre une disposition législative n'entrant pas en jeu dans la résolution de l'affaire[2297]. Elle a été utilisée par voie d'*obiter*, démontrant que la déclaration d'incompatibilité n'entraîne pas les juges sur un terrain trop dangereux pour eux, car ses effets sont juridiquement très faibles. Pour autant, elle peut avoir un poids politique important. Elle n'est en tout cas pas sans conséquence. Dans l'affaire *Nicklinson*, la Cour Suprême a refusé de déclarer la loi interdisant toute forme de

2296. *Home Secretary v. MB* [2007] UKHL 46, [72] (Lady Hale) : le ministre n'était pas obligé de communiquer tous les éléments justifiant des mesures de contrôle sur des individus considérés comme dangereux. Lady Hale considère qu'il faut interprétée ce privilège au regard de l'article 6 (1) de la Convention européenne et obliger le ministre à une telle communication lorsque cela est nécessaire pour permettre à l'individu de se défendre.
Pour d'autres exemples : BARBE (V.), « Les évolutions de la législation britannique dans le domaine des libertés individuelles. Le *terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011* et le *Protection of Freedom Act 2012* », *Constitutions* 2013, p. 59.
2297. *R. (on the application of Johnson) v. Secretary of State for the Home Department* [2016] UKSC 56. L'affaire portait au principal sur la compatibilité d'une décision de renvoi d'un individu condamné pour crime dans son pays natal. Le problème ici était que le requérant était né d'un père britannique et d'une mère jamaïcaine, le couple n'étant pas marié. De ce fait, le requérant n'était pas considéré comme citoyen britannique, et ce alors même qu'il vivait légalement au Royaume-Uni depuis 1989. Les sections 2(1)(a), 3(1) et 50(9) du *British Nationality Act* de 1981 conditionnait la reconnaissance de la nationalité au statut marital des parents, ou à défaut, à la nationalité de la mère. Le requérant n'entrait pas dans ce cadre, et n'avait jamais fait de demande pour l'obtenir. Lady Hale, rendant le jugement unique pour la Cour Suprême, considère que la décision de renvoyer le requérant au motif qu'il est un « criminel étranger » en vertu du *UK Borders Act* de 2007 (section 32(5)) viole les articles 8 et 14 de la Convention. En effet, une telle décision crée une discrimination entre un enfant né hors mariage et un enfant né d'un couple marié. L'expulsion d'un individu ne peut reposer sur cet élément. Une fois cette question principale résolue, Lady Hale conclut son jugement en étudiant la réforme introduite par le *Immigration Act* de 2014, plus particulièrement par le paragraphe 70 de l'annexe 9. Cette loi avait pour but de conférer un droit aux enfants nés d'un père britannique non marié avec une mère étrangère d'obtenir la nationalité. Elle introduit toutefois une condition particulière : il faut que l'individu demandant la nationalité soit, de l'avis du ministre de l'Intérieur, de « bonne moralité » (*good character*). Dans le cas contraire, l'individu né de parents non mariés se voit refuser la nationalité. En cela, la loi introduit une discrimination contraire à la Convention européenne, car elle peut conduire à empêcher un individu à se voir reconnaître la nationalité britannique alors qu'elle serait reconnue automatiquement à cette même personne si elle était née de parents mariés. La condition de statut marital des parents reste encore déterminante. « Bien que ce ne soit pas nécessaire pour résoudre l'affaire », Lady Hale déclare cette disposition contraire à la Convention européenne ([39]).

suicide assisté contraire à l'article 8 de la Convention européenne[2298]. Sur ce sujet, les juges relèvent que la Cour européenne laisse une marge d'appréciation aux États. Toutefois, une majorité des Lords reconnaît la possibilité de la déclarer incompatible, dans le futur, au regard de leur propre appréciation de ce que requiert l'article 8. La section 4 n'est pour autant pas utilisée. Le Parlement ne s'était pas prononcé sur le sujet, et il est nécessaire qu'il se saisisse d'abord de la question[2299]. Ainsi, lorsque la solution n'est pas imposée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, mais laissée à l'État partie une liberté, *via* la marge nationale d'appréciation, les juges anglais préfèrent laisser le Parlement étudier de lui-même le sujet avant de prendre une décision[2300]. Dans ce domaine particulièrement sensible, même une déclaration d'incompatibilité apparaît comme trop intrusive. La liberté du Parlement en pâtirait puisqu'elle l'obligerait, politiquement, mais non juridiquement, à réétudier la loi[2301]. Ces situations restent toutefois assez exceptionnelles et également critiquables. Il appartient en effet aux juges de dire si la loi est ou non incompatible avec la Convention européenne, et si oui dans quelle mesure. La nécessité d'avoir sur le sujet un débat parlementaire ne s'oppose pas à une décision en ce sens, qui devient alors un élément d'éclairage pour permettre au Parlement de se prononcer en toute connaissance de cause. En cela, les jugements peuvent constituer des documents de travail utiles.

4. Des pouvoirs conduisant les juges à limiter le législateur : l'atténuation de la souveraineté du Parlement

À la différence du *European Communities Act* et de ses conséquences, le *Human Rights Act* n'entraîne pas une remise en cause de la souveraineté du Parlement. Les sections 3 et 4 ici étudiées

2298. *R. (on the application of Nicklinson) v. Ministry of Justice* [2014] UKSC 38, [111] – [118], [126] – [127] (Lord Neuberger).
Sur cette affaire, voir : FINNIS (J.), « A British « Convention right » to assistance in suicide ? », *LQR* 2015, pp. 1-8 ; MULLOCK (A.), « The Supreme Court decision in Nicklinson : human rights, criminal wrongs and the dilemma of death », *Professional Negligence* 2015, pp. 18-28.
2299. Voir notamment [113] (Lord Neuberger). Telle était également la position des Lord Mance et Wilson.
La Chambre des Communes a rejeté, le 11 septembre 2015, une proposition d'amendement au *Suicide Act* de 1961 visant à autoriser le suicide assisté. La Haute Cour de Justice a rejeté une demande de *judicial review* portant sur l'incompatibilité de cette loi avec la Convention Européenne, au motif que le Parlement s'était récemment prononcé sur la question : *R. (on the application of Conway) v. Secretary of State for Justice* [2017] EWHC 640.
2300. Ce qui n'empêche toutefois par certains juges de faire des propositions de réformes possibles. Voir : [123] (Lord Neuberger) ; [205] (Lord Mance) ; [314] – [316] (Lady Hale).
2301. Dans l'affaire *A. v. Secretary of State for the Home Department*, Lord Scott appuie particulièrement sur ce point en notant que l'effet de la déclaration d'incompatibilité est politique, et non pas juridique (*A. v. Secretary of State for the Home Department* [2005] 2 AC 68, [142]).
Un auteur relevait récemment que le Parlement avait, à l'exception d'une fois, toujours modifié une loi suite à une déclaration d'incompatibilité : O'CINNEIDE (C.), « Human Rights and the UK Constitution », p. 95 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.

ont été adoptées par le Parlement. La Convention européenne, et la jurisprudence de la Cour, ont effet par le truchement d'une loi mentionnant expressément les droits que le Parlement souhaite voir protégés[2302] ; de plus, une loi contraire postérieure à la loi de 1998 n'est pas écartée par les juges, remettant en cause la possibilité d'abrogation implicite[2303]. Toutefois, il faut nuancer quelque peu ces affirmations.

L'obligation d'interprétation conforme de la loi se révèle être une technique particulièrement efficace permettant aux juges d'en mettre les effets en accord avec la Convention. Comme cela est affirmé dans les affaires envisagées, les cours s'écartent du sens premier de la loi. L'intention réelle du Parlement n'est pas suivie, au profit d'une certaine forme de réécriture du texte. Certes, les juges ont démontré leur volonté d'y poser des limites. Néanmoins, elle est largement préférée à la déclaration d'incompatibilité, celle-ci n'étant utilisée qu'en ultime recours. Cela signifie que, malgré la reconnaissance des effets bien plus importants, concrets et immédiats de la section 3, elle demeure la technique privilégiée des juges. Ces derniers préfèrent se substituer au Parlement. L'utilisation de la section 4 pourtant plus simple, d'un effet moins dévastateur pour la loi et plus respectueux de la souveraineté du Parlement, est secondaire.

Le maniement de la section 3, notamment la définition de ce qu'est une interprétation « possible », et son articulation avec la section 4 dépendent largement des juges, et de leur appréciation de ce que le cas d'espèce requiert. Sur ces questions, le *Human Rights Act*, et à travers lui le Parlement, est silencieux[2304]. En plus de leur donner un rôle nouveau, cette loi les laisse en grande partie libres de le définir et d'en fixer les limites. En cela, « la souveraineté du Parlement est […] préservée, mais dans un sens atténué »[2305].

Les développements du droit public anglais accréditent cette idée. La souveraineté, sous-tendue par les principes de dualisme et d'abrogation implicite, exprimant un pouvoir sans limites du Parlement est « atténuée »[2306]. Ce constat est aujourd'hui accepté en doctrine. William Wade lui-

2302. Section 1.
2303. ELLIOTT (M.), *The Constiututional Foundations of Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 200-202 ; « Beyond the European Convention : Human Rights and the Common Law », *op. cit.*, pp. 108-111 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, p. 787-788.
2304. LAWS (J.), « The limitations of human rights », *PL* 1998, pp. 254-265, notamment pp. 256-257 ; ELLIOTT (M.), « Beyond the European Convention : Human Rights and the Common Law », *op. cit.*, pp. 105-107.
2305. SALES (P.), « A comparison of the principe of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998 », *op. cit*., p. 609.
Voir aussi le jugement de Lord Steyn dans l'affaire *R. (on the application of Jackson and others) v. Attorney General* ([2006] 1 AC 262) n'hésitant pas à faire de la Convention européenne un « nouvel ordre juridique », depuis qu'elle a été introduite par le biais de la loi de 1998. Il n'est donc plus possible de dire que la souveraineté du Parlement est « pure et absolue » ([102]).
2306. ELLIOTT (M.), « The Principle of Parliamentary Sovereignty in Legal, Constitutional, and Political perspective », *op. cit.* et CRAIG (P., « Britain in the European Union », notamment pp. 121-123 in *The Changing Constitution*, 8e éd., *ibid*.

même, suite à l'affaire *Factortame*, a fait état d'une « révolution » ayant changé le principe paradigmatique de souveraineté du Parlement[2307]. Ce changement d'ampleur est en grande partie le résultat du développement d'une jurisprudence particulièrement inventive. Les juges n'ont pas hésité à développer des techniques afin d'enrichir le système juridique anglais de normes extérieures. Le pouvoir d'interprétation détenu par les juges est central dans ce mouvement. Il permet de respecter une certaine forme de souveraineté du Parlement, car les lois son toujours valides, et le législateur peut remettre en cause une norme en exprimant expressément cette volonté ; dans le même temps, l'interprétation ouvre aux juges la possibilité de modifier le sens d'une loi, et d'enrichir, par ce biais, l'ordre juridique interne. Mais, les cours ont aussi pu, de leur propre mouvement faire émerger une catégorie de lois particulières, qualifiées de « constitutionnelles ». Bien qu'il ne faille pas, selon nous, exagérer cette innovation en l'assimilant, même en partie, à l'émergence du bloc de constitutionnalité, elle traduit l'émancipation des juges des contraintes trop fortes découlant d'une vision stricte de la souveraineté parlementaire. La loi devient un outil être leurs mains, qu'ils manient et adaptent afin de lui faire produire l'effet désiré.

Toutefois, malgré cela, pour certains cette dernière reste centrale et fondamentale en droit anglais. Renouvelée, elle continue de justifier le rôle détenu par les juges et légitime les innovations de la jurisprudence. En revanche, pour d'autres, la souveraineté du Parlement doit être, si ce n'est abandonnée, tout du moins remplacée, dans cette dimension de légitimation de la *judicial review* par la *common law.*

2307. WADE (W.), « Sovereignty – revolution or evolution ? », *LQR* 1996, pp. 568-575.

Conclusion du Chapitre I

Le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* connaissent donc un développement similaire sur plusieurs points. Notamment, l'office des juges est de plus en plus influencé par de nouvelles normes. Le principe de légalité ne peut donc pas s'entendre strictement, uniquement comme le respect de la loi. Bien plus, les juges font respecter un véritablement ensemble normatif, complexifiant et accroissant leur rôle dans le contrôle de l'administration. Il est tout aussi remarquable de constater le jeu double des juges dans ce phénomène. D'une part, ils peuvent être des vecteurs importants de ce phénomène, tant par l'interprétation qu'ils donnent des textes que par la création. D'autre part, ils en sont les principaux bénéficiaires puisqu'il leur revient de concilier, et de faire respecter un certain ordre, entre ces normes.

L'analogie qui peut être faite entre juges français et juges anglais n'a pas nécessairement les mêmes causes. Plus précisément, le mouvement d'accroissement normatif ne s'effectue pas dans un contexte similaire. Le juge de l'excès de pouvoir a reçu une légitimité et une mission de nature constitutionnelle, via le texte de la Constitution de 1958 et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le juge de l'excès de pouvoir s'attache alors à faire respecter la hiérarchie des normes, ce qui ne le cantonne pas à un simple rôle d'automate. Quant à lui, le juge anglais n'a pas connu telle évolution. Aucun texte général, de valeur constitutionnelle, n'a aidé au développement d'un mouvement en faveur de l'augmentation de l'imprégnation de l'ordre juridique par de nouvelles normes. Certaines lois, plus sectorielles, ont bien été prises : tel est le cas du *European Communities Act* et du *Human Rights Act*. Il n'est pas question ici de diminuer leur importance. Elles ont ouvert de grandes possibilités aux juges afin de mettre en conformité le droit interne avec les exigences internationales pesant sur le Royaume-Uni. Néanmoins, les juges ont fait preuve d'une grande liberté et de beaucoup d'audace, tant dans l'application de ces lois, que dans d'autres situations. Le développement des lois constitutionnelles, et la limite de la souveraineté du Parlement en découlant, est le fruit uniquement de la *common law*, c'est-à-dire de la jurisprudence. De même, par le biais de l'interprétation des lois, les juges n'hésitent pas à faire entrer, indirectement, des normes internationales non incorporées en droit interne. L'absence de Constitution écrite n'a pas été un élément dirimant dans le développement du rôle de la *judicial review* ; elle a seulement obligé les juges à faire preuve de plus d'inventivité en recourant fortement à l'interprétation des lois, et en développant la *common law.*

La volonté analogue des juges français et anglais de développer un ensemble normatif cohérent pesant sur l'administration ne pouvait pas se limiter uniquement à cela. L'élargissement du

contrôle même opéré par les juges accompagne nécessairement ce mouvement, afin qu'il n'y ait pas seulement plus de droit mais qu'il soit également mieux respecté.

Chapitre II. L'approfondissement et l'extension du contrôle porté sur l'activité administrative

Au premier mouvement de diversification des normes applicables s'ajoute un second : celui de l'approfondissement du contrôle juridictionnel. Ces deux évolutions sont complémentaires et illustrent la volonté des juges de mieux soumettre l'administration au droit. La première, nous l'avons vu, avait vocation à augmenter et ordonner le nombre de normes applicables à l'administration. Il est donc extérieur à l'activité contrôlée. En revanche, la seconde porte essentiellement sur les autorités administratives et sur leurs activités. En effet, la diversification des normes invocables verrait sa portée grandement restreinte si les juges ne pouvaient connaître que d'aspects limités des actions administratives. Dès lors, les juges français et anglais ont ressenti la nécessité d'étendre le champ des recours. Les deux mouvements, enrichissement des normes et approfondissement du contrôle, sont ainsi largement complémentaires ; il s'agit de faire respecter le droit dans son ensemble, et par l'ensemble des opérations de l'administration. Ce second mouvement apparaît nettement dans le cadre du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review*. Toutefois, de par l'existence de données juridiques de base différentes dans les deux systèmes, il se traduit différemment en jurisprudence. Il apparaît alors clairement que, même mus par une volonté similaire, les juges doivent toujours inscrire leur rôle au sein du contexte juridique auquel ils appartiennent.

L'évolution étudiée se traduit par deux tendances pouvant être identifiées au sein des recours, et visant à mieux contrôler l'administration. D'une part, les juges ont su diversifier les cas d'ouverture pouvant conduire à admettre l'illégalité d'un acte de l'administration. Que ce soit le juge administratif français ou le juge anglais, c'est le procédé administratif de décision dans son ensemble qui est soumis au droit. Cela va ainsi de l'élaboration de l'acte, à sa substance et à ses effets (Section I.). D'autre part, en plus d'un meilleur contrôle, les juges ont étendu le nombre d'actes pouvant faire l'objet d'un contrôle. Entrant dans des domaines autrefois interdits, ils se sentent de plus en plus légitimes pour attirer à eux des situations correspondant mal aux principes directeurs classiques de leur office. Ces évolutions confirment que les juges ont en grande partie la maîtrise de leur compétence, mais également qu'ils repoussent sans cesse les frontières pour mieux affermir le contrôle juridictionnel de l'administration (Section II.).

Section I. L'approfondissement par le développement des cas d'ouverture : une meilleure soumission de l'action administrative au contrôle des juges

En plus d'assister, et de participer, au mouvement d'accroissement quantitatif des obligations devant être respectées par l'administration, les juges ont étendu les aspects de l'acte qu'ils peuvent contrôler. Cette évolution n'est pas anodine. Elle a une dimension qualitative, au sens où, *in fine*, le contrôle permet de s'assurer du respect du droit dans la totalité des aspects de l'activité de l'administration. Le juge n'est pas limité à seulement quelques pans de celle-ci.

L'étude du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* révèle un mouvement tout à fait similaire, sur le fond. Progressivement, les juges se sont reconnus la capacité de contrôler divers aspects des actes leur étant soumis. Aujourd'hui, peu de différences semblent véritablement apparaître dans ce domaine. La seule pouvant être identifiée, et elle sera tempérée dans la suite de nos développements, concerne le contrôle du fond de l'acte. Par exemple, le contrôle de proportionnalité ne fait pas encore l'objet d'une reconnaissance expresse et générale en *common law.* Cette hypothèse de contrôle fera l'objet de développements distincts[2308].

Néanmoins, sur la forme, une différence apparaît. Le recours pour excès de pouvoir s'organise autour de cas d'ouverture, bien délimités et définis. Certes, la ligne à tracer entre eux peut parfois être relative, et différentes catégorisations existent. Ils sont cependant d'une grande utilité tant pédagogique que contentieuse. Leur étude démontre un enrichissement constant, conduisant à diversifier les vices sanctionnés par le juge (I.). Il n'y a rien de véritablement comparable en Angleterre. Comme nous le verrons, une répartition tripartite des cas d'ouverture (*grounds*) existe. Mais, son utilité pédagogique et contentieuse y est beaucoup plus faible. Une très grande porosité existe entre eux, renforcée par l'utilisation transversale et large du terme de « compétence », obscurcissant encore un peu plus leur étude. Il n'en reste par moins que, là aussi, la tendance est largement au développement et au renforcement de ces cas, démontrant le passage à une conception *lato sensu* du contrôle de l'*ultra vires* (II.).

2308. Voir *infra* : Partie II, Titre II, Chapitre I, Section II, II.

I. L'accroissement des cas d'ouverture par le juge de l'excès de pouvoir : un meilleur contrôle de la légalité

L'établissement des cas d'ouverture structurant le recours pour excès de pouvoir est ancien. Sur ce point, aucune innovation majeure n'est intervenue à partir de la seconde moitié du XXe siècle. Cinq cas sont en principe répertoriés[2309] : l'incompétence, le vice de forme, le vice de procédure, le détournement de pouvoir et la violation de la règle de droit. Les trois premiers composent la légalité externe, et les deux suivants la légalité interne. À s'en tenir là, le recours pour excès de pouvoir serait empreint d'une grande continuité, voire d'un certain immobilisme quant aux aspects contrôlés de l'acte administratif. Il n'en est rien. La jurisprudence a admis progressivement de sanctionner de nouveaux vices. Cette évolution traduit deux phénomènes : d'une part, le juge administratif maîtrise l'étendue du contrôle opéré sur l'administration et, d'autre part, la tendance est à la volonté de renforcer la soumission de celle-ci au droit par le développement de la légalité. Malgré un enrichissement des vices sanctionnés et donc des éléments de l'acte soumis aux juges, ces derniers se refusent toujours à entrer dans le contrôle de l'opportunité. Nous avons déjà traité ce point, et il n'est pas ici utile d'y revenir. Il suffit de préciser que les évolutions jurisprudentielles ont été rattachées au contrôle de la légalité de l'acte, et donc à un développement de la notion même de « légalité »[2310].

Nous reprendrons les cinq cas d'ouverture : l'incompétence (A.), le vice de forme (B.), le vice de procédure (C.), le détournement de pouvoir (D.) et la violation de la règle de droit (E.). Il est évident que cette classification n'est pas parfaite et qu'une certaine porosité existe entre ces différents exemples d'illégalité. En ce domaine, toute tentative de systématisation absolue s'avère impossible tant la jurisprudence est marquée par une forme de souplesse et de pragmatisme

2309. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 293 ; LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, 8e éd., Dalloz, Paris, 2015, 599 pages, pp. 238-60 et p. 502.
Voir : WALINE (J.), *Droit administratif*, 26e éd., Dalloz, Paris, 2016, 787 pages, pp. 689-690 ; SEILLER (B.), *Droit administratif*, t. II, 6e éd., Flammarion, Paris, 2016, 376 pages, pp. 246-258 : l'auteur fait ressortir quatre cas d'ouverture puisque le « vice de forme » comprend également le vice de procédure.
Voir : GAZIER (F.), « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », *EDCE* 1951, pp. 77-83 (l'auteur en distingue six, puisqu'il différencie entre « défaut de base légale » et « violation d'une disposition légale ») ; AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, t. II, 3e éd., LGDJ, Paris, 1984, 718 pages, pp. 245-421 (les auteurs structurent leur développement autour de six cas d'ouverture, distinguant le contrôle de l'erreur de droit et illégalité relative aux motifs) ; CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit*., pp. 1019-1055 (le propos est structuré autour de six cas d'ouverture également) ; FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, 10e éd., *op. cit.*, pp. 550-558 (Les auteurs proposent également six cas d'ouverture).
Voir : DE LAUBADERE (A.) et GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, 16e éd., t. I, LGDJ, Paris, 2001, 918 pages, pp. 492-503 (Les auteurs font ressortir cinq cas d'ouverture, fusionnant les vices de forme et de procédure, mais distinguant entre l'illégalité relative à l'objet et l'illégalité relative aux motifs).
2310. Voir *supra* : Partie I, Titre II.

l'incitant à s'adapter si besoin est[2311]. Il ne sera pas question ici de traiter toutes les dimensions de ces cinq cas d'ouverture. Plutôt, le but est d'en restituer la substance et certains exemples pertinents.

A. L'incompétence, moyen visant au respect de la répartition des pouvoirs

Historiquement, il s'agit du premier cas par lequel le recours pour excès de pouvoir s'est développé. Considéré comme étant le « vice le plus grave qui puisse entacher une décision administrative », il a hérité du statut particulier de moyen d'ordre public et peut être sanctionné sans être invoqué par le requérant[2312]. Dit autrement, le juge de l'excès de pouvoir vérifie toujours que l'autorité décisionnaire était bien compétente pour prendre l'acte en cause. Ce cas d'ouverture est fondamental et constitue un des piliers du système juridique français. Il permet de s'assurer que l'administration reste dans le domaine de compétence lui ayant été octroyé soit par un texte, notamment la Constitution, une loi ou un acte réglementaire ; ou, plus exceptionnellement, bien que les cas ne soient pas rares, par la jurisprudence[2313]. En somme, par son biais, le juge se fait gardien de la séparation des pouvoirs, mais aussi, dans une certaine mesure, de la volonté du souverain, car « laisser sans réagir telle ou telle autorité administrative s'arroger de nouveaux champs d'action reviendrait donc à lui permettre de l'arracher au peuple »[2314]. Tel est le cas, notamment, lorsque l'exécutif adopte un acte réglementaire relevant du domaine du législateur, ainsi que l'a défini la Constitution. Il y a dans ce type de situations une véritable « usurpation des fonctions »[2315]. Toutefois, l'incompétence résultant de l'empiétement d'une autorité administrative sur une autre ne doit pas être sous-estimée. Si elle paraît moins engager l'intégrité même du système juridique, elle reste, *in fine*, un acte de violation de l'intention de l'organe déléguant le pouvoir, et une extension illégale du domaine d'action de l'autorité qui s'en est rendu coupable. À l'instar du contrôle de *judicial review* dans le même domaine, le recours pour excès de pouvoir revêt ici une importance constitutionnelle. Au-delà de l'aspect purement technique de ce cas d'ouverture, c'est le respect de l'édifice juridique, soutenu par la séparation des pouvoirs et le respect de la volonté du souverain, qui est en jeu. Cette perspective est toute aussi importante dans le cas d'une incompétence commise à un niveau administratif inférieur, et ce, même si l'implication des principes constitutionnels est

2311. GUEDON (M.-J.), « La classification des moyens d'annulation des actes administratifs », *AJDA* 1978, p. 82-88.
2312. AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., t. II, *op. cit.*, pp. 252-254 ; ODENT (R.), *Contentieux administratif*, *op. cit.*, t. II, p. 423 ; WALINE (J.), *Droit administratif*, 26e éd., *op. cit.*, pp. 691-692. CE, 13 septembre 2000, *Association des diplômés ICH du Languedoc-Roussillon*, rec. 377.
2313. AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., t. II, *op. cit.*, pp. 246-247.
2314. LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, 9e éd., *op. cit.*, p. 247.
2315. AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., t. II, *op. cit.*, pp. 245-278.

plus lointaine et indirecte.

Comme nous l'avons déjà affirmé, potentiellement tous les cas d'illégalité peuvent être subsumés sous la notion d'incompétence[2316]. Cela n'est pas anodin, ni en France ni en Angleterre. Elle traduit ultimement la mission fondamentale des juges : trancher ce que l'administration peut ou ne peut pas faire. En cela, chaque nouvelle obligation ou entrave posée par les juges sur son activité constitue une nouvelle diminution de sa compétence.

En son sens plus technique, le juge de l'excès de pouvoir sanctionne trois types d'incompétence différents. Chacun de ces cas peut traduire une incompétence positive ou négative : dans la première hypothèse, l'autorité prétend avoir un pouvoir qu'elle ne détient pas ; dans la seconde, elle se reconnaît, de façon erronée, incompétente. Cette dernière peut toutefois être également considérée comme constituant une erreur de droit au titre de la mauvaise interprétation de la règle de droit. Certains arrêts vont en effet en ce sens[2317].

En premier lieu, l'incompétence matérielle est constituée par l'empiétement d'une autorité sur le domaine d'un autre organe normalement en capacité d'agir. Elle est possible entre deux autorités de rang équivalent, comme entre deux ministres[2318]. Il en va de même lorsqu'une administration subordonnée empiète sur la compétence de l'administration supérieure[2319]. Toutefois, une délégation de compétence est possible : elle doit, notamment, être opérée par un texte (constitutionnel, législatif ou réglementaire), ne pas contredire un autre texte et être à la fois partielle et précise[2320]. En respectant ces mêmes conditions, l'autorité peut sub-déléguer sa compétence[2321]. Enfin, et naturellement, une autorité supérieure ne peut pas prendre une décision dont les textes ont attribué la compétence à une autorité inférieure[2322]. On le voit donc, par la voie de l'incompétence matérielle, le juge de l'excès de pouvoir veille strictement au respect des textes et la répartition des pouvoirs qu'ils opèrent. Toutes ses dimensions en sont protégées.

En second lieu, l'autorité administrative doit agir dans son champ territorial attribué[2323]. Ce cas ne pose pas de problème majeur puisqu'il est uniquement question du respect de la compétence géographique de l'autorité. Un agent ne peut pas prendre une décision affectant un individu ou une autorité dépendant d'un ressort géographique différent[2324].

2316. Voir *supra* : Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II, II, B, 3, a.
2317. CE, Sect., 20 juin 2003, *Stilinovic*, rec. 258.
2318. CE, Ass., 6 juillet 1973, *Michelin et Veyret*, rec. 481 ; CE, 5 décembre 2005, *Mann Singh*, rec. 544.
2319. CE, Sect., 24 octobre 1952, *Demoiselle Thèse*, rec. 469 : un préfet ne peut pas agir à la place d'un ministre.
2320. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II, *op. cit.*, pp. 405-409.
2321. CE, 7 mai 1971, *Rockert*, rec 333.
2322. CE, 15 février 1961, *Alfred-Joseph*, rec. 114.
2323. LIET-VEAUX (G.), « L'incompétence *ratione loci* », *RA* 1964, pp. 29-32.
2324. CE, Sect., 6 juillet 1990, *Ministre du Budget c. Baptiste*, rec. 210.

Enfin, le juge sanctionne les cas d'incompétence temporelle[2325]. La décision d'une autorité qui n'est pas ou n'est plus compétente sera ainsi remise en cause. Il en va ainsi lorsqu'un agent en remplace un autre : il y a une forme de succession de compétence dans le temps[2326].

B. Le vice de forme : le cas du défaut de motivation

Le vice de forme permet au juge de l'excès de pouvoir de s'assurer que lorsqu'un texte pose certaines conditions formelles, l'administration les respecte[2327]. Là encore, le juge se fait le garant des textes. L'acte doit ainsi être signé, afin d'en identifier l'auteur[2328]. On peut ici sans en mal y voir un corollaire au respect de la compétence. De même si un texte oblige à ce que l'acte soit contresigné, le juge veillera à ce que cette condition soit correctement remplie[2329].

La position de la jurisprudence administrative sur la question de la motivation est particulièrement intéressante. De façon claire et constante, les juges ont refusé de dégager un principe général d'obligation de motivation[2330]. Dès lors, en édictant sa décision, l'administration n'aura pas à faire connaître les raisons l'ayant poussé à prendre plutôt celle-ci qu'une autre. Cela n'interdit pas au législateur ou au pouvoir réglementaire d'imposer une telle obligation. La loi du 11 juillet 1979 peut être donnée ici aussi à titre d'exemple. Par son biais, le législateur a posé une obligation de motivation pour certaines décisions administratives individuelles : celles défavorables à leur destinataire, et qui sont mentionnées dans la loi, ainsi que celles dérogeant aux règles générales fixées par la loi ou le règlement[2331]. Un individu lésé par le refus de l'administration de faire droit à sa demande de motivation peut alors en demander le respect par le juge administratif[2332]. En règle générale, la jurisprudence est donc neutre sur cette question : elle n'impose ni n'interdit aucun comportement.

2325. AUBY (J.-M.), « L'incompétence *ratione temporis*. Recherche sur l'application des actes administratifs dans le temps », *RDP* 1953, pp. 5-60.
2326. CE, Ass., 27 avril 1975, *Demoiselle Serre*, rec. 302.
2327. LACHAUME (J.-F.), « Le formalisme », pp. 133-146 in *Questions pour le droit administratif*, *AJDA* num spéc., 20 juin 1995 ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 791-814 ; ROTA (M.), « Vers la disparition des vices de forme ? », *RDP* 2015, pp. 641-662.
2328. CE, 12 décembre 1990, *Torras*, rec. t. 669.
2329. CE, Sect., 31 décembre 1976, *Comité de défense des riverains de l'aéroport Paris-Nord*, rec. 580.
2330. CE, 30 avril 1880, *Harouel et Morin*, rec. 419 ; CE, Ass., 21 octobre 1988, *SA TF1*, rec. 365.
2331. Il s'agit respectivement des articles 1 et 2 de la loi de 1979. Ils sont aujourd'hui codifiés aux articles L. 211-1 et L. 211-2 du Code des relations entre le public et l'administration.
2332. CE, 19 janvier 1990, *Dame Bodin*, rec. t. 553 ; *AJDA* 1990, pp. 93-97, note E. Honorat et E. Baptiste.

Néanmoins, elle peut prévoir, au cas par cas, qu'une autorité doive motiver sa décision : il en va ainsi « eu-égard à leur nature, à leur composition et à leurs attributions »[2333]. En somme, plus l'organe est similaire à une juridiction, moins le juge sera réticent à imposer cette obligation[2334]. Il en va ainsi dans l'arrêt dont la citation précitée est extraite : il s'agissait d'un organisme collégial de nature professionnelle chargé notamment de trancher des questions de répartition des droits[2335]. Pour le commissaire du Gouvernement Gentot, « les décisions des autorités collégiales ont des caractéristiques spécifiques qui justifient l'existence d'un régime juridique particulier »[2336]. Il semble qu'une triple raison justifie cette obligation ponctuelle.

D'une part, il s'agit de la nature propre de l'autorité en cause « considérée comme quasi-juridictionnelle »[2337]. Par analogie avec leur propre office, les juges en déduisent cette obligation. Elle est alors générale et pèse sur toutes décisions prises par ces organes, quelles que soient leur nature et leur portée.

D'autre part, l'impact sur l'individu est également une donnée pertinente. Les pouvoirs dont dispose l'autorité concernée font partie de ceux pouvant affecter les droits du destinataire de la décision. Dès lors, celui-ci doit pouvoir être informé des motifs juridiques et factuels ayant conduit l'organe décisionnaire à prendre telle décision. D'une manière générale, le respect des règles de forme et de procédure s'analyse en une protection des individus, de leurs droits et de leur envie de connaître et d'influencer l'action administrative[2338].

Enfin, l'obligation de motivation, de façon générale, va également permettre aux juges d'exercer leur contrôle[2339]. Là encore, c'est un argument ressortant nettement dans les conclusions de Gentot ; il est d'ailleurs premier et principal dans son raisonnement. Après avoir mis en lumière l'importance pour le juge de la légalité de connaître les motifs d'une décision afin de la contrôler efficacement, le commissaire du Gouvernement souligne que leur communication lors du procès peut être parfois difficile. Tel est le cas pour les organismes collégiaux jouissant d'une certaine indépendance vis-à-vis du Gouvernement central et agissant dans un domaine technique pour lequel le contrôle juridictionnel requiert d'autant plus les motifs exacts des décisions contestées. Pour Gentot, il en ressort un argument fort en faveur de l'obligation de motivation lors de l'édiction de la décision, à défaut de laquelle « le juge n'aura […] pas la certitude de connaître a posteriori les

2333. CE, Ass., 27 novembre 1970, *Agence Maritime-Fret, Compagnie Générale Transatlantique et autres*, rec. 704 ; *RDP* 1971, pp. 987-1006, concl. Gentot.
2334. Le commissaire du Gouvernement Letourneur parle des « organismes parajuridictionnels » (*Sirey* 1950.III., p. 43, concl. sur l'affaire *Billard et Legrand* (CE, Sect., 27 janvier 1950, rec. 58).
2335. Voir également : CE, 25 septembre 1996, *Union des commerçants de Lamballe*, rec. 348 ; *AJDA* 1997, pp. 103-107, concl. A.-F. Roul.
2336. *RDP* 1971, pp. 987-1006, p. 998.
2337. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II, *op. cit*.,p. 435.
2338. LACHAUME (J.-F.), « Le formalisme », *op. cit.*, p. 142.
2339. *ibid*., p. 436.

raisons de fait et de droit qui ont inspiré ladite décision »[2340].

Ainsi, lorsqu'elle existe, elle doit être correctement remplie. Une motivation insuffisante, partielle, sera sanctionnée : un simple rappel des textes ne suffit pas à motiver juridiquement la décision[2341] ; tout comme l'utilisation d'expression laconique ne permet pas de la justifier au regard des faits[2342]. La motivation de la décision doit être utile, tant pour l'individu que pour le juge. Elle doit permet de comprendre pourquoi l'autorité en est arrivée à prendre cet acte, et non un autre.

L'arrêt *Barel* a, en ce domaine, une grande importance[2343]. Le secrétaire d'État à la présidence du conseil était compétent pour fixer les conditions d'admission au concours d'entrée à l'École nationale d'administration ainsi que d'arrêter la liste des candidats admis à concourir. En ce domaine, il possédait un large pouvoir discrétionnaire puisqu'il pouvait, en somme, écarter des candidats, et ce, dans « l'intérêt du service ». Il fallait uniquement, dans ce cas, que le secrétaire d'État soit convaincu que l'individu non admis ne respectait pas les garanties nécessaires pour remplir les fonctions auxquelles forme l'École nationale d'administration. Sur ce fondement, cinq individus avaient été écartés. Or, il semblait que l'autorité compétente se soit décidée eu égard aux idées politiques des requérants. Afin de connaître les motivations réelles de la décision, le Conseil d'État va enjoindre la communication des documents l'ayant fondée. Le secrétaire d'État n'y répond pas. Le refus d'y satisfaire n'empêche toutefois pas le contrôle du juge. Bien au contraire, puisque les requérants ont pu mettre en lumière des « présomptions sérieuses », l'absence de réponse du secrétaire d'État peut être analysée en une acceptation de ces allégations. Dès lors, l'arrêt *Barel* ouvre la possibilité aux juges de se faire communiquer les éléments et motifs ayant concouru à la formation de la décision ; mais aussi de tirer les conséquences nécessaires d'un refus opposé par l'administration[2344]. La motivation des décisions administratives, si elle n'est pas obligatoire d'un point de vue général, peut être exigée par le juge afin de recueillir « tous les documents nécessaires à la solution des litiges qui lui sont soumis »[2345]. La jurisprudence *Barel* et les possibilités en découlant pour le juge administratif illustrent la volonté du Conseil d'État d'assurer un contrôle

2340. *RDP* 1971, p. 997.
2341. CE, 7 août 2008, *Kerorgant*, rec. 314.
2342. Il en va ainsi lorsque l'autorité de police invoque seulement des « circonstances de temps et de lieu », sans en préciser la nature et la réalité : CE, 5 décembre 1984, *Préfet de police c. Société « Émeraude-Show » et autres*, rec. t. 477.
2343. CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, rec. 308, concl. Letourneur ; *AJDA* 2014, pp. 88-89, note J.-H. Stahl ; GAJA 21e éd. n°65.
2344. CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., *op. cit.*, pp. 868-874 ; PACTEAU (B.), *Traité de contentieux administratif*, PUF, Paris, 2008, 646 pages, pp. 315-316.
La jurisprudence *Barel* a connu de nombreuses suites et extensions dans différents domaines du contentieux administratif : d'un point de vue général, voir les observations sous cet arrêt au GAJA. Voir également les observations au GACA, sous l'arrêt *Couespel de Mesnil* (CE, Sect., 1er mai 1936, rec. 485 ; GACA 5e éd., n°56) qui est la première manifestation des pouvoirs d'instruction repris dans l'arrêt *Barel*.
2345. CE, Sect., 23 décembre 1988, *Banque de France c. Huberschwiller*, rec. 464.

efficace de légalité, comme le préconisait Gentot.

L'absence de principe général de motivation des décisions administratives est donc largement palliée par le double mouvement textuel et jurisprudentiel. Ils se complètent et s'enrichissent mutuellement. La lecture des conclusions des commissaires du Gouvernement l'illustre. Il n'est pas rare qu'ils fassent référence à l'intention de l'auteur du texte, découlant de la loi organisant l'autorité dont la décision est contrôlée. En 1950, la composition des commissions départementales de remembrement a permis aux juges de présumer, de façon particulièrement constructive au regard des conclusions de Letourneur, que l'intention du législateur était favorable à l'obligation de motivation de leurs décisions[2346] ; en 1996, Anne-Françoise Roul fait ressortir une obligation de motivation des décisions de la Commission nationale d'équipement commercial notamment d'une part sur l'article 32 du décret du 9 mars 1993 permettant à l'auteur d'une demande d'autorisation et l'auteur d'une demande de recours de se faire entendre par cette autorité, et d'autre part sur la loi du 29 janvier 1993 visant à rendre plus transparentes la vie économique et les procédures publiques, et créant ladite commission[2347]. L'obligation de motivation, même établie casuistiquement, s'appuie sur les textes prévoyant la composition et la procédure des organes en cause.

C. Le vice de procédure : la mise en œuvre des droits de la défense

La sanction du vice de procédure est un exemple topique de la partition jouée à deux. En effet, la procédure administrative non contentieuse peut découler tant d'un texte que de la jurisprudence, *via* les principes généraux des droits de la défense[2348]. Bien souvent, les premiers

2346. CE, Sect., 27 janvier 1950, *Billard et Legrand*, rec. 58 ; *Sirey* 1950.III., pp. 41-45, concl. Letourneur. Le commissaire du Gouvernement considère qu'une obligation de motivation existe dans trois cas différents : si la loi le prévoit directement ; s'il en va ainsi du fait de la volonté du législateur ; ou si la nature de l'affaire va en ce sens (p. 41.). Plus loin, il précise, relativement au cas d'espèce : « le fait que le législateur n'ait pas formellement précisé cette obligation ne prouve nullement à notre sens, dans le cas des organismes parajudictionnels, qu'il ait entendu ne pas le prévoir ; on peut, au contraire, estimer qu'il ne l'a pas mentionnée parce qu'il croyait, étant données les précautions qu'il prenait d'autre part, que la chose allait de soi » (pp.43-44). Cette méthode constructive permet d'« interpréter sainement la volonté du législateur de 1941 » (p. 44).
2347. CE, 25 septembre 1996, *Union des commerçants de Lamballe*, rec. 348 ; *AJDA* 1997, pp. 103-107, p. 105 concl. A.-F. Roul.
2348. De façon générale, voir : ODENT (R.), « Les droits de la défense », *EDCE* 1953, pp. 55-66 ; « De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas », *EDCE* 1962, pp. 43-49 ; MORANGE (G.), « Le principe des droits de la défense devant l'Administration active », *Dalloz* 1956, pp. 123-126 ; AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, t. II, 3e éd., *op. cit*., pp. 325-332 ; CAUDAL (S.), « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *RFDA* 2001, pp. 13-29 ; IDOUX (P.), « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA* 2010, pp. 920-930 ; DANIC (O.), « 1913-2013 : les cent ans de l'arrêt *Téry* ou un siècle de droits de la défense », *RDP* 2014, pp. 3-37.

vont poser des conditions de délai à la prise de l'acte, une procédure de consultation d'un organisme ayant une expertise particulière ou encore une enquête préalable[2349]. Quant aux seconds, le Conseil d'État a pu ranger dans les principes généraux du droit ceux correspondant aux droits de la défense, à la suite de la décision *Dame Veuve Trompier-Gravier*[2350]. C'est dans le domaine du vice de procédure qu'ils prennent leur consistance (1.). S'ils permettent d'impliquer l'individu dans l'élaboration de la décision, l'absence d'un principe général du respect du contradictoire est à regretter (2.).

1. Le champ d'application des droits de la défense

Comme pour la motivation des décisions administratives, il y a une certaine analogie opérée entre la procédure contentieuse et la procédure non contentieuse. C'est en se référant aux éléments du contradictoire présents devant lui que le juge élabore ceux devant être respectés par l'administration[2351]. De même, comme nous le verrons, les cas dans lesquels il rend obligatoire le respect de ces droits sont, avant tout, ceux dans lesquels l'individu est au premier plan[2352].

L'élaboration d'une décision individuelle apparaît comme le domaine privilégié pour ces droits. Toutefois, ils n'entrent pas en jeu pour tout acte administratif. Deux grands cas peuvent être identifiés. D'une part, les droits de la défense s'appliquent dans le cadre des sanctions[2353]. Cela constitue d'ailleurs le domaine d'élection de ce principe général : l'arrêt *Dame Veuve Trompier-Gravier* en est l'exemple topique. D'autre part, ils doivent être respectés par l'autorité décisionnaire lorsqu'une mesure est prise en « considération de la personne »[2354]. Il peut s'agir, par exemple, de la radiation d'un magistrat d'une liste d'aptitude[2355], du licenciement d'un agent public pour inaptitude

---

Voir également : CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 814-850.

Nous reviendrons plus loin sur cette notion et son utilisation par le juge administratif, voir *infra* : Partie II, Titre II, Chapitre I, Section II.

2349. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II, *op. cit.*, pp. 438-472 ; LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, 9e éd., *op. cit.*, pp. 254-268.

2350. Voir d'une façon générale, et pour la bibliographie, nos développements sur ce sujet.

2351. Voir les conclusions Chénot sur l'arrêt *Dame Veuve Trompier-Gravier* (CE, Sect., 5 mai 1944, rec. 133 ; *Dalloz* 1945, pp. 110-113, concl. Chénot, et note de Soto).

2352. *idem*.

Voir également les conclusions de Bruno Genevois sur l'arrêt *Société des établissements Cruse fils*, retraçant l'extension de l'application des droits de la défense dans un but de meilleure protection des individus (CE, Sect., *Société des établissements Cruse fils,* 9 mai 1980, rec. 217 ; *AJDA* 1980, pp. 482-485,concl. Genevois).

2353. BOTTEGHI (D.), « Quelle efficacité des droits de la défense en cas de sanction administrative ? », *AJDA* 2012, conclusions sur l'affaire *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, (CE, 30 janvier 2012, rec. t. 559), pp. 1054-1059.

2354. CE, Sect., 24 juin 1949, *Sieur Nègre*, rec. 304 : remplacement du requérant dans ses fonctions de directeur général de l'agence France-Presse lors d'un projet de réorganisation des services de cette agence.

2355. CE, Sect., 5 novembre 1976, *Zervudacki*, rec. 477.

physique[2356], d'une mutation d'office dans l'intérêt du service[2357] ou encore de la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel refusant au bénéficiaire d'une autorisation d'émettre la reconduction de cette autorisation[2358].

Aujourd'hui, la jurisprudence a fait l'objet d'une codification, suite à l'ordonnance du 23 octobre 2015 créant le code des relations entre le public et l'administration. Son article L. 121-1 prévoit l'application d'une procédure contradictoire pour les décisions devant être motivées en vertu de la loi, et pour celles prises « en considération de la personne ». Ce texte réunit en son sein la jurisprudence issue de la décision *Dame Veuve Trompier-Gravier* et les dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, qui avaient déjà lié l'obligation de motivation et la présentation d'observation dans le cadre des décisions individuelles[2359]. La codification ainsi réalisée permet de réaffirmer l'importance du contradictoire dans le cadre des décisions affectant négativement les droits des individus[2360].

2. Une implication importante de l'individu à renforcer

La liaison faite entre avec l'obligation de motivation et la protection des droits de la défense dénote également une prise en compte des destinataires à deux étapes de l'action administrative. La motivation et le contradictoire apparaissent comme deux outils complémentaires.

En effet, la première permet à l'individu, en aval de la prise de décision, de comprendre la position de l'administration, et de la contester efficacement devant le juge s'il la considère illégale. Le respect des droits de la défense permet à l'administré d'être informé, en amont, de la volonté de l'administration. Il peut alors faire valoir son point de vue avant que la décision ne soit élaborée. Deux éléments en découlent[2361].

En premier lieu, l'autorité décisionnaire doit informer l'intéressé qu'une décision le concernant va être prise. Une telle formalité lui permet alors de préparer ses arguments, autrement dit sa défense. Elle doit être remplie dans un délai raisonnable avant la prise de décision[2362].

2356. CE, 9 mai 2005, *Chahed*, rec. 192.
2357. CE, Sect., 30 décembre 2003, *Ministre de l'Education Nationale c. Tirapolsky*, rec. 534.
2358. CE, 9 octobre 1996, *Association « Ici et maintenant »*, rec. 401.
2359. BACHINI (B.) et TROUILLY (P.), « Les procédures contradictoires dans le code des relations entre le public et l'administration : de la clarté dans la continuité », *RFDA* 2016, pp. 23-26.
2360. *ibid*., p. 24.
2361. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II, *op. cit*., pp. 478-481.
2362. CE, Sect., 8 novembre 1963, *Ministre de l'Agriculture c. Société coopérative d'insémination artificielle de la*

L'autorité administrative doit également laisser à l'intéressé un délai suffisant pour qu'il puisse préparer sa défense[2363]. Sans donner tous les éléments précis quant à la mesure envisagée, il lui revient néanmoins de transmettre à l'individu des informations suffisantes sur la nature de la mesure concernée[2364].

En second lieu, le destinataire peut demander les motifs poussant l'administration à envisager la décision en cause. Elle devra alors lui communiquer au moins ceux étant déterminants[2365]. Il peut également, si un texte le prévoit, demander la communication de son dossier, qui doit alors être complète[2366]. De même, l'individu peut être représenté par un avocat, qui s'occupera alors de fournir les observations écrites de son client[2367]. Par exception toutefois, la procédure peut être orale si un texte le prévoit[2368]. Il est des cas dans lesquels, sous l'effet de la Convention européenne, le droit à un avocat est obligatoire : a ainsi été annulé l'acte réglementaire organisant la sortie immédiate des personnes hospitalisée sans leur consentement au motif qu'il ne prévoyait pas l'obligation de consulter l'avocat de la personne lorsque celle-ci ne pouvait être entendue[2369].

Tous ces éléments permettent à l'intéressé tant d'être informé que d'informer lui-même l'administration sur les éléments pertinents de sa situation et sur ses arguments. En cela, les droits de la défense sont avant tout considérés comme protégeant l'individu, par son implication dans l'élaboration de l'acte[2370]. Même si le résultat lui est défavorable, l'administré l'acceptera plus facilement s'il résulte d'une procédure plus transparente et ayant permis la prise en compte de son avis[2371].

Le contenu de la procédure contradictoire a également fait l'objet d'une codification. L'article L. 122-1 du code des relations entre le public et l'administration mentionne les éléments constitutifs de la procédure contradictoire dans le cadre des décisions devant être motivées : possibilité pour l'individu de présenter des observations qui sont en principe écrites, mais peuvent être orales s'il le demande, et droit de se faire représenter par un conseil. L'article L. 122-2, quant à lui, reprend les mesures devant être respectées lorsqu'est en cause une sanction : l'intéressé doit être

Vienne, rec. 532.
2363. CE, 8 juin 2015, *Oueslati*, rec. t. 812.
2364. CE, Sect., 15 juillet 1964, *Jacquier*, rec. 433 : la déchéance des droits d'un fonctionnaire étant envisagée après le prononcé de sa révocation, l'administration doit l'informer qu'une telle mesure est envisagée contre lui.
2365. CE, 26 juillet 1947, *Duprat*, rec. 358.
2366. Il s'agit notamment de l'article 65 de la loi 22 avril 1905, s'appliquant dans le cadre des sanctions disciplinaires contre les agents publics. Il a été étendu au cas des décisions prises en considération de la personne : CE, 4 juin 2012, *M. A.*, n°344961.
2367. CE, Sect., 4 mai 1962, *Lacombe*, rec. 300.
2368. CE, Ass., 4 novembre 1960, *Syndicat du personnel de l'Assemblée de l'Union Française*, rec. 596.
2369. CE, 26 juillet 2011, *Association groupe Information Asiles*, n°341555 : violation de l'article 5§4.
2370. CAUDAL (S.), « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *op. cit.* ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 789-850.
2371. CAUDAL (S.), « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *op. cit.*

informé des griefs pesant sur lui et avoir pu demander l'accès à son dossier. Bien qu'il soit regrettable que sa portée ne soit pas plus large, il n'empêche pas la jurisprudence d'appliquer ses mêmes exigences à d'autres mesures, notamment celles prises en considération de la personne[2372].

Il faut regretter également le refus constant en jurisprudence de reconnaître un principe général du respect du contradictoire[2373]. L'exclusion des décisions prises sur demande ne peut se justifier au regard de la protection de l'individu et de sa participation à l'élaboration de l'acte finalement adopté. La décision provoquée peut être défavorable ou partiellement favorable seulement, affectant négativement l'individu[2374]. De même, certaines mesures de protection n'apparaissent pas suffisantes. Par exemple, l'administration n'a pas l'obligation d'informer l'individu de son droit de présenter des observations écrites[2375] ; il en va de même pour le droit à la communication du dossier, dont l'administration n'a pas nécessairement à informer l'individu explicitement[2376]. Enfin, la généralisation d'une participation orale, plutôt qu'écrite, permettrait un débat véritablement contradictoire, améliorant l'échange entre l'administration et la personne concernée. La communication des observations ne constitue pas un véritable dialogue entre l'autorité décisionnaire et l'individu. La reconnaissance d'un principe général du respect du contradictoire pourrait permettre de renforcer la participation des intéressés à l'élaboration des décisions, en l'étendant et en la renforçant. La jurisprudence constitutionnelle et l'article 6-1 de la Convention européenne, donnant une importance particulière au principe du contradictoire, vont également dans ce sens[2377].

Précisons qu'il n'y a pas, là non plus, d'opposition entre texte et principes généraux, bien au contraire. La présence dans les premiers de certaines garanties incite les juges à aller plus avant dans le renforcement de la protection procédurale par la voie des seconds. En cela, la jurisprudence peut développer ou renforcer le dialogue entre administration et individu, en invoquant l'intention du Parlement. Ainsi, le commissaire du Gouvernement Letourneur relevait déjà en 1950 : « même en l'absence d'un texte précis, prévoyant expressément la nécessité de mettre à même les intéressés de présenter des observations, l'existence d'une certaine réglementation, d'une certaine procédure, impliquant la volonté du législateur de donner à ceux-ci des garanties, permet au juge d'admettre le

2372. *ibid*., p. 25.
2373. CE, 12 juillet 1955, *Société régionale du Jura et Banque régionale du Jura*, rec. 420.
2374. SEILLER (B.), « Acte administratif (Régime) », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, Paris, pt. 149 ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 845-850.
2375. CE, 29 octobre 2008, *Société Laboratoire Glaxosmithkline et société Pfizer*, rec. 351.
2376. Si l'autorité décisionnaire informe l'individu des motifs pour lesquels la procédure disciplinaire est engagée contre lui alors est remplie l'obligation de mettre cette personne en mesure de demander la communication de son dossier : CE, 17 juin 1992, *Leclerc*, rec. t. 687.
2377. SEILLER (B.), « Acte administratif (Régime) », *op. cit.*, pt. 158.

caractère contradictoire de la procédure comme constituant une garantie élémentaire, bien que non expressément spécifiée »[2378]. Le législateur, en posant les premières pierres de l'édifice, incite, même involontairement, le juge à le renforcer, à l'affiner et à en bâtir de nouvelles dépendances[2379].

D. Le détournement de pouvoir : le respect du but de l'action administrative

Notion « purement doctrinale et prétorienne », le détournement de pouvoir constitue une hypothèse « souple, fluide et essentiellement évolutive » de sanction de l'administration[2380]. En cela, elle est difficile à cerner et relève d'une appréciation subjective, que la fameuse expression du doyen Hauriou en faisant un élément de la « *morale administrative* » illustre parfaitement[2381]. Par son biais, le juge administratif veille à ce que l'administration poursuive le but pour lequel son pouvoir lui a été attribué. Son rôle est ici central et se résume dans une double proposition : d'une part, le juge doit déterminer le ou les but(s) que l'autorité peut poursuivre, ce qui nécessite de rechercher la volonté de l'auteur du texte si elle n'apparaît pas expressément dans celui-ci[2382] ; d'autre part, il lui revient également de rechercher le but effectivement poursuivi par l'administration, ce qui peut se révéler délicat puisque cette dernière peut vouloir cacher la réalité des mobiles l'ayant poussé à agir. Dans ce second cas d'ailleurs, la jurisprudence *Barel* se montre d'une grande importance. Elle permet au juge d'enjoindre à l'administration de faire connaître les éléments qu'elle a pris en compte. Il pourra alors plus facilement déterminer le véritable but pouvant parfois se trouver derrière la volonté effectivement affichée par l'autorité décisionnaire. Il existe trois cas distincts de détournement de pouvoir[2383].

Le premier est constitué lorsque l'administration n'agit pas du tout dans l'intérêt général. Cette hypothèse est certainement la plus répréhensible moralement. Elle est également la plus simple à contrôler puisque le juge n'a pas à rechercher le but que l'auteur du texte a voulu autoriser.

2378. *Sirey* 1950. III. p. 42 (conclusions sur l'affaire *Billard* et *Legrand*, CE, Sect., 27 janvier 1950, rec. 58).
2379. AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., t. II, *op. cit.*, p. 311 : les auteurs notent que la jurisprudence peut faire ressortir de l'ensemble des textes existant sur les questions procédurales, certains traits communs qui vont permettent d'y apporter de la cohérence et de dégager de nouveaux principes.
2380. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, *op. cit.*, t. II, p. 576.
2381. HAURIOU (M.), *Précis élémentaire de droit administratif*, 4e éd., refondue et mise à jour par A. Hauriou, Sirey, Paris, 1938, 597 pages, p. 269 (c'est l'auteur qui souligne).
BALLANDRAS-ROZET (C.), « Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir », *AJDA* 2007, pp. 2236-2242 ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 867-870.
2382. CLAEYS (A.), *ibid.*, pp. 856-857.
2383. AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, t. II, 3e éd., *op. cit.*, pp. 411-421 ; ODENT (R.), *Contentieux administratif*, *op. cit.*, t. II, pp. 575-593 ; CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, pp. 1048-1045 ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 852-872 ; LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, 9e éd., *op. cit.*, pp. 518-522.

L'absence de tout intérêt général suffit à conclure que l'acte est irrémédiablement vicié. Ce cas est réalisé, par exemple, lorsqu'un maire suspend un agent à de multiples reprises par vengeance personnelle[2384] ; qu'il interdit un établissement afin qu'il ne fasse pas concurrence à son propre commerce[2385] ; ou encore lorsqu'une autorité utilise ses pouvoirs d'expropriation afin de permettre l'installation d'un cercle hippique privé[2386]. La notion même d'intérêt général, comme nous avons pu le voir, est fluctuante et dépend largement de l'époque à laquelle la décision est prise[2387]. Dès lors, un but autrefois interdit comme n'étant pas d'intérêt général, peut le devenir par la suite.

La deuxième hypothèse est celle dans laquelle l'administration agit afin de réaliser un intérêt public différent de celui pour lequel elle détient ses pouvoirs. Ce cas engendre la nécessité pour le juge de déterminer tant l'intérêt visé que l'intérêt devant être poursuivi. Il y a donc une double recherche à faire pour le juge ; le détournement de pouvoir sera constitué si le premier intérêt ne peut être rangé sous la définition du second. L'image de deux cercles se recoupant est illustrative : ils n'ont pas forcément à être concentriques, mais à partager une zone commune. Cela est particulièrement vrai dans le cadre des mobiles financiers. Seuls, ils ne peuvent justifier une mesure de police, dont le but est le respect de l'ordre public, ou un but plus spécifique prévu par les textes dans le cadre des pouvoirs de police spéciale. L'arrêt *Pariset* en constitue l'exemple classique puisque le préfet avait utilisé un pouvoir de police spéciale, permettant de fermer des établissements insalubres et dangereux, pour mettre fin à l'activité d'une entreprise sans avoir à l'exproprier et à payer les indemnités afférentes[2388]. De même, le maire qui utilise ses pouvoirs de police pour obliger les baigneurs à se déshabiller dans les cabines payantes n'agit pas dans un but de protection de l'ordre public, mais dans l'intérêt financier de la commune[2389]. Toutefois, si l'acte en cause se fonde de façon déterminante sur un but légalement admis et que le mobile financier n'est qu'un corollaire, alors cela ne constitue pas un détournement de pouvoir : ainsi, une expropriation faite dans l'intérêt public et permettant d'obtenir l'immeuble à un prix raisonnable est légale[2390]. Il en va de même si la mesure est profitable à un intérêt privé : tel est le cas de l'opération de déviation d'une route dont la présence nuisait à une entreprise privée, mais dont la réalisation permet également de satisfaire les besoins de la population[2391]. Le but poursuivi n'a donc pas à être purement et uniquement celui pour lequel l'autorité détient ces pouvoirs. Une telle jurisprudence, pragmatique et souple envers l'administration, rend plus difficile l'établissement d'un détournement de pouvoir. La jurisprudence

2384. CE, 23 juillet 1909, *Fabrègue*, rec. 727.
2385. CE, 14 mars 1934, *Demoiselle Rault*, rec. 337.
2386. CE, 4 mars 1964, *Dame Veuve Borderie*, rec. 157.
2387. Voir *supra* : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I, II, B, 3, b.
2388. CE, 26 novembre 1875, *Pariset*, rec. 934 ; GAJA 21e éd., n°4.
2389. CE, 4 juillet 1924, *Beaugé*, rec. 641.
2390. CE, 11 janvier 1957, *Louvard*, rec. 57.
2391. CE, 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, rec. 561.

fait preuve d'un certain réalisme afin de ne pas sanctionner trop facilement, sur ce point, l'administration. Les mobiles financiers fondant l'exercice d'un pouvoir de police ne constituent pas le seul exemple de détournement de pouvoir. Il en va de même lorsqu'une décision administrative est prise afin d'empêcher l'exécution d'une décision de justice[2392], ou encore d'une mesure de police prise afin de sanctionner un individu[2393].

Enfin, le dernier cas est celui du détournement de procédure[2394]. Il s'agit alors de sanctionner l'administration qui a réalisé volontairement son action par le biais d'une certaine procédure, alors qu'elle aurait dû en utiliser une autre, prévue à cette fin par les textes. Le cas le plus célèbre est celui de l'arrêt *Société Frampar*[2395]. Le préfet d'Alger avait saisi plusieurs journaux sur le fondement de l'ancien article 10 du Code de l'instruction criminelle. Cette disposition lui permettait de « constater les crimes et délits contre la sûreté de l'État et d'en livrer les auteurs chargés de les punir ». Or, tel n'était pas le but des mesures de saisie. Le préfet souhaitait éviter la parution d'articles pouvant entraîner des troubles à l'ordre public. Cette fin devait être réalisée par le biais des pouvoirs de police qu'il détenait par délégation du gouverneur général d'Algérie.

Le détournement de pouvoir permet de veiller à ce que l'autorité décisionnaire soit restée dans le cercle de ses attributions. L'idée de compétence est ici très présente. L'objectif est, là aussi, de ne pas permettre d'utiliser abusivement l'un de ses pouvoirs. Cela reviendrait à violer la volonté de l'auteur du texte lui ayant attribué.

E. La violation de la règle de droit : le développement plus récent du contrôle des motifs de l'acte

Il s'agit du cas d'ouverture apparu le plus récemment. C'est aussi celui qui a fait l'objet des plus profondes évolutions jurisprudentielles[2396]. De façon constante, le juge administratif l'a enrichi

2392. CE, 7 novembre 2012, *M. et Mme Gaigne et Commune de Grans*, rec. 1027.
2393. CE, 10 janvier 1962, *Riveccio*, rec. 15.
2394. Voir en particulier : GOY (R.), « La notion de détournement de procédure », pp. 321-338 in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit*.
2395. CE, Ass., 24 juin 1960, *Société Frampar et société France éditions et publications*, rec. 412 ; GAJA, 21e éd., n°73.
2396. Sur ce cas d'ouverture et ses évolutions voir : ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II, *op. cit.*, pp. 491-575 ; WALINE (J.), *Droit administratif*, 26e éd., *op. cit.*, pp. 697-703 ; LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, 9e éd., *op. cit.*, pp. 522-536.
Voir en général : WALINE (M.), « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP* 1930, pp. 197-223 ; « Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE* 1956, pp. 25-33 ; LETOURNEUR (M.), « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », *EDCE* 1953, pp. 66-70 ; « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *EDCE* 1962, pp. 51-62 ; CHAPUS (R.), « L'administration et son juge. Ce qui change », *EDCE* 1991, pp. 259-276 ; FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif*

de nouvelles facettes lui permettant d'entrer toujours un plus avant dans l'étude de la légalité de l'action administrative. Ce phénomène conduit à ce que le contentieux administratif, notamment de l'excès de pouvoir, devienne « de plus en plus un contentieux des intérêts, personnels et subjectifs, des administrés » et « de moins en moins une affaire de discipline objective de l'administration »[2397]. La violation de la règle de droit « intéresse la légalité interne de la décision », et plus précisément « le fondement juridique de la décision attaquée »[2398].

D'une formulation large, ce cas d'ouverture regroupe classiquement deux aspects distincts. D'une part, il est possible d'identifier le cas de violation directe de la règle de droit, portant en fait sur le dispositif même de la décision. D'autre part, le juge sanctionne les erreurs pouvant affecter les motifs de la décision. Plus hétéroclite, ce second cas est aussi celui qui a fait l'objet des évolutions les plus récentes. Chacun d'eux s'est développé sous l'effet d'influences différentes.

Pour ce qui est du premier, l'enrichissement du bloc de légalité est directement en cause dans son développement. En effet, la violation directe de la règle de droit est en fait ce qui permet au juge administratif de sanctionner la non-conformité ou la non-compatibilité du dispositif de la décision avec la règle juridique supérieure[2399]. Cela revient, en somme, pour l'autorité décisionnaire, à prendre un acte contredisant une norme supérieure. Le développement des sources du droit, et la plus grande facilité reconnue à leur invocabilité devant le juge, multiplient de telles règles, et accroissent les obligations pour l'administration. Par le biais de la violation directe, le juge se fait alors le gardien de cet ensemble normatif dont il a lui-même aidé au développement. Il n'est pas utile d'aller plus loin sur ce sujet. Un tel contrôle, nous l'avons vu, existe également en Angleterre. Il était déjà effectué par le biais de la doctrine de la question préliminaire, au motif qu'il permettait de sanctionner l'incompétence de l'administration. Il s'agit d'un cas classique et facile de contrôle pour les juges, car la violation de la loi apparaît nettement.

L'émergence et l'affirmation d'un contrôle fort sur les motifs de la décision sont, en revanche, plus intéressantes. Ce mouvement est, ici, directement l'œuvre des juges. Ce sont eux qui

français du XIXe siècle au XXe siècle, thèse, Dalloz, Paris, 805 pages, pp. 193-203 ; GILTARD (D.), « L'avenir du recours pour excès de pouvoir », notamment pp. 214-216 in *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges, actes du colloque du 50e anniversaire des tribunaux administratifs*, sous la dir. de B. Lukaszewic et H. Oberdorff, *op. cit.* ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 872-914 ; GUYOMAR (M.), « Quel est l'office du juge de l'excès de pouvoir, cent ans après l'arrêt Boussuge ? » pp. 17-20 et BROYELLE (C.), « L'intensité du contrôle des motifs », pp. 45-48 in actes du colloque intitulé *Cent ans après l'arrêt Boussuge*, *JCP A*, n°38-39, 24 septembre 2012 ; SERRAND (P.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente », *RDP* 2012, pp. 901-923.

2397. AUBY (J.-B.), « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001, pp. 912-926, p. 917.

2398. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II., *op. cit.*, p. 491.

2399. Selon la célèbre distinction faite par Eisenmann, et déjà rappelée, entre contrôle de conformité et contrôle de compatibilité : EISENMANN (C.), « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE* 1957, pp. 25-40.

vont, par la maîtrise de leur propre office, étendre leur contrôle en s'intéressant à davantage d'éléments de la décision : ils contrôlent dorénavant l'erreur de droit (1.), l'erreur de fait (2.) ainsi que la qualification juridique des faits (3.). Nous le verrons au fur et à mesure des développements, mais ce cas est très similaire à la sanction des erreurs de droit dans le cadre de la jurisprudence *Anisminic*[2400].

1. L'erreur de droit

L'erreur de droit recouvre elle-même plusieurs hypothèses[2401]. Ce qui les relie c'est que l'autorité administrative a porté une mauvaise appréciation sur le sens voire même sur l'existence de la règle fondant son action. Il y a eu « un vice dans le raisonnement de l'administrateur au moment où il a pris la décision »[2402], dans le « cheminement juridique » qu'il a poursuivi[2403]. Trois cas sont identifiables.

D'une part, l'autorité peut avoir mal interprété la règle de droit. L'arrêt *Barel* en constitue un exemple : le secrétaire d'État ne pouvait pas refuser les candidats au motif qu'ils étaient membres du Parti Communiste[2404]. De même, un préfet disposant d'un pouvoir de réquisition afin d'organiser un service minimum dans un hôpital ne peut pas réquisitionner tout le personnel médical en grève[2405]. De façon similaire, une université ne peut pas subordonner l'inscription des élèves à leur réussite à des épreuves de sélection, car une correcte interprétation des textes n'ouvre pas un tel pouvoir[2406]. Il y a donc certains motifs qui ne peuvent pas être pris en compte dans l'édiction de la décision : il en va ainsi dans l'arrêt *Barel*. Il en va de même dans l'affaire *Benouaret*, le Conseil d'État rappelant que l'expulsion d'un étranger ne peut se fonder sur la circonstance que celui-ci est entré illégalement en France[2407]. Sur cette question, le pouvoir des juges est important puisque son interprétation l'emportant sur celle de l'autorité administrative. Il revient donc au juge de l'excès de pouvoir de donner son sens correct au texte que l'administration doit appliquer.

2400. Voir *supra* sur cette affaire : Partie I, Titre II, Chapitre II, Section I, II, C.
2401. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II., *op. cit.*, pp. 516-527 ; CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., *op. cit.*, pp. 1040-1043 ; LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, 9e éd., *op. cit.*, pp. 523-525.
Pour une présentation différente : AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., t. II, *op. cit.*, pp. 380-39 : l'erreur de droit est un des cas possibles d'illégalité des motifs de droit, avec le défaut de base légale et l'acte pris en dehors du champ d'application de la loi.
2402. AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., t. II, *op. cit.*, p.387.
2403. GAZIER (F.), « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », *op. cit.*, p. 81.
2404. CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, rec. 308, concl. Letourneur ; GAJA 21e éd., *op. cit.*, n°65.
2405. CE, 9 décembre 2003, *Aiguillon*, rec. 497.
2406. CE, 27 juillet 1990, *Université de Paris Dauphine c. Ardant et Langlois-Meurinne*, rec. 238.
2407. CE, 7 octobre 1977, *Benouaret*, rec. t. 914.

D'autre part, l'erreur de droit peut être constituée lorsque la décision applique un acte illégal : dans ce cas, la base légale de l'acte est invalide, et ne peut fonder l'acte. En tombant, la première entraîne le second[2408]. La jurisprudence *Nicolo* a renforcé ce cas de figure puisqu'un acte administratif se fondant sur une loi contraire à une convention internationale sera annulé pour défaut de base légale. Entendue en ce sens, l'erreur de droit maintient la cohérence de la pyramide des normes.

Enfin, le dernier cas est le plus grave : il s'agit de l'acte pris sans base légale. Dans ce cas, l'autorité administrative ne détient pas la compétence invoquée pour le prendre. Par exemple, dans l'affaire *Commune de Bagnères de Luchon c. Loquet*, le Conseil d'État a rappelé que si le maire de la Commune pouvait instaurer légalement une redevance de stationnement en vertu de la loi, il ne pouvait s'en servir pour instaurer un péage déguisé sur une route[2409]. Cette décision est donc dépourvue de base légale. De même, aucun texte n'autorise à soumettre la promotion des magistrats à une condition de mobilité[2410]. En développant une doctrine interne en ce sens, et en l'appliquant de façon quasi-mécanique, l'administration a créé une nouvelle condition d'accès à la promotion. Le refus d'accorder une promotion sur ce motif est illégal, car dépourvu de base légale. On voit à travers cette affaire que les différents cas étudiés sont intimement liés. L'erreur de droit ici identifiée constitue une certaine forme d'incompétence puisque, *in fine*, ce qui est reproché à l'autorité décisionnaire c'est d'avoir établi une nouvelle condition pour accéder à une promotion, alors que les textes ne l'autorisaient pas. De même, la décision de refus fondée sur ce motif est contraire aux différents textes, ce qui rapproche le vice d'une violation directe de la loi. Les frontières sont assez poreuses entre ces différents éléments. L'absence de base légale peut également être constituée si le texte devant fonder l'acte n'est pas encore, ou n'est plus, en vigueur[2411].

Cette conclusion se trouve renforcée par le parallèle avec l'affaire *Anisminic*. Ce que permettait de contrôler la doctrine de la question préliminaire, et même les jugements adoptant un contrôle encore plus restreint, c'était l'existence de la compétence de l'autorité. Si les conditions y donnant naissance n'étaient pas réunies, l'action de l'administration pouvait être considérée comme dépourvue de base légale (*lack of jurisdiction*). Avec l'affaire *Anisminic*, les juges anglais sont entrés avec plus de certitude dans le contrôle de toutes les erreurs de droit, et notamment l'erreur d'interprétation. Elle en est d'ailleurs un exemple. L'incompétence est au fondement de ce contrôle, même si elle peut découler, comme en France, d'une erreur de droit. Que ce soit en Angleterre ou en

2408. CE, Sect., 30 avril 1976, *Lacorne*, rec. 224 : illégalité des mesures d'application d'un règlement contraire à une loi.
2409. CE, 22 février 1991, *Commune de Bagnères de Luchon c. Loquet*, rec. 63.
2410. CE, 19 janvier 1994, *Dame Obrégo*, rec. 24.
2411. Respectivement pour les deux hypothèses différentes : CE, 27 juin 1990, *Commune de Saint-Germain-sur-Morin*, rec. 170 et CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV 6*, rec. 28.

France, l'interprétation des textes influe nécessairement sur l'étendue des pouvoirs, de la compétence des autorités administratives. En tranchant les difficultés pouvant en survenir, les juges la déterminent. Il leur revient de définir cette compétence.

2. L'erreur de fait

La deuxième hypothèse de contrôle des motifs est celle permettant au juge de sanctionner l'erreur de fait. Elle est consacrée en 1916 par un arrêt *Camino*[2412]. Dans cette affaire, il était reproché divers griefs au maire d'Hendaye. Sur leurs fondements, le préfet l'avait suspendu de ses fonctions, avant qu'un décret ne soit pris pour le révoquer. Saisi de ces deux actes, le Conseil d'État affirme clairement sa compétence pour contrôler si les faits invoqués contre le maire étaient matériellement exacts. En un mot, le juge de l'excès de pouvoir peut vérifier si les faits se sont vraiment déroulés. Concluant par la négative, le Conseil d'État annule les deux actes. La logique est la suivante : le texte octroyant un pouvoir à l'administration pose certaines conditions ; il appartient alors au juge de veiller à leur présence. Par exemple, dans l'affaire *Konaté*, l'autorité de police avait pris un arrêté d'expulsion contre le requérant[2413]. Selon le ministre, la présence de l'individu constituait une menace pour l'ordre public. Afin de justifier cette assertion, il invoque la commission de certains faits, attribués au requérant. Le juge contrôle si ceux-ci sont bien réels, si leur existence matérielle est établie. En l'espèce, les faits de violence reprochés ne sont pas prouvés. En leur absence, ce dernier ne pouvait légalement expulser le requérant. L'acte est donc annulé.

Le texte peut venir poser clairement ces conditions matérielles à respecter, et ne pas passer par le truchement de notion abstraite comme celle d'ordre public. Tel est le cas, par exemple, de l'article R. 111-4 du code de l'urbanisme. Il dispose : « Le permis de construire peut être refusé sur des terrains qui ne seraient pas desservis par des voies publiques ou privées dans des conditions répondant à l'importance ou à la destination de l'immeuble ou de l'ensemble d'immeubles envisagé, et notamment si les caractéristiques de ces voies rendent difficile la circulation ou l'utilisation des engins de lutte contre l'incendie ». Il en résulte, selon le Conseil d'État, « que l'autorité compétente et, en cas de recours, le juge administratif doivent s'assurer qu'une ou plusieurs voies d'accès au terrain d'assiette du projet pour lequel un permis de construire est demandé permettent de satisfaire aux exigences posées par les règles d'urbanisme ».[2414] Dans l'arrêt dont est ici extraite la citation, un maire avait refusé un permis de construire au motif que la seule voie d'accès pour les services de

2412. CE, 14 janvier 1916, *Camino*, rec. 15 ; GAJA 21e éd., n°28.
2413. CE, 4 février 1981, *Konaté*, *Dalloz* 1981, p. 353 ; pp. 353-355, note B. Pacteau.
2414. CE, 26 février 2014, *Commune de Castellet*, rec. t. 821.

lutte contre les incendies n'était pas ouverte à la circulation. Le Conseil d'État, confirmant l'appréciation des juges du fond, relève néanmoins la possibilité matérielle pour ces services d'emprunter une telle voie. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit ouverte à la circulation, mais seulement qu'elle soit praticable. Le juge porte ainsi son regard sur la présence des éléments matériels dont la présence est requise par le texte. En cela, il s'agit toujours d'un contrôle de légalité. Le juge veille à ce que les motifs posés par la loi, et dont se prévaut l'administration, existent réellement.

3. La qualification juridique des faits : un cas d'ouverture distinct de l'erreur de fait

Enfin, la troisième hypothèse est celle réalisée par l'arrêt *Gomel*, rendu le 4 avril 1914. Le juge de l'excès de pouvoir y a accepté de contrôler la qualification juridique, conditionnant l'utilisation d'un pouvoir par l'autorité administrative.[2415] En l'espèce, le préfet avait refusé un permis de construire au sieur Gomel au motif que le projet qui devait ainsi être réalisé portait atteinte à une perspective monumentale, en l'occurrence la place Beauvau. Après avoir constaté que le motif invoqué par le préfet pouvait fonder le refus du permis en vertu de l'article 118 de la loi du 13 juillet 1911, le juge en a vérifié l'existence en l'espèce. Il en a conclu que la place Beauvau ne pouvait être qualifiée de « perspective monumentale ». Le préfet a opéré une mauvaise qualification juridique des faits. Ce motif ne lui permettait pas de refuser le permis. Pour le Conseil d'État, la prescription législative invoquée avait pour but de « concilier la conservation desdites perspectives avec le respect dû au droit de propriété ». Par ce contrôle, le juge veille ainsi à ce que les conditions posées par le texte soient remplies. En somme, « le fait est ici incorporé dans la légalité »[2416].

L'autorité administrative ne peut donc, arbitrairement, déterminer les situations dans lesquelles elle peut agir. Elle porte une appréciation sur celles-ci, mais sous le contrôle du juge. En portant son regard dans ce domaine, ce dernier oblige l'administration à respecter le texte. C'est en cela que la situation doit être, selon l'expression jurisprudentielle classique, « de nature à justifier la décision » en cause : tel est le cas d'un comportement qui doit pouvoir être qualifié de faute afin d'être « de nature à justifier la décision », en l'occurrence une sanction[2417] ; il en va de même d'une situation qui doit être « de nature à troubler l'ordre public » pour justifier l'adoption d'une mesure de police[2418]. En opérant ce contrôle, le juge devra interpréter ces notions et en donnera une définition

2415. CE, 4 avril 1914, *Gomel*, rec. 488 ; GAJA 21e éd., n°27.
MOUTOUALLAGUIN (S.), « Le centenaire de l'arrêt *Gomel*, entre ombre et lumière », *DA* 2015, pp. 13-18.
2416. LETOURNEUR (M.), « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *op. cit*., p. 58.
2417. CE, Ass., 13 mars 1953, *Teissier*, rec. 133.
2418. CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, rec. 541 ; GAJA, 21e éd., n°43.

casuistique. Selon qu'elle sera large ou restrictive, le pouvoir discrétionnaire afférant en sera modulé. Le contrôle juridictionnel dans ce domaine permet, par l'interprétation des termes du texte, de faire varier le pouvoir de l'administration[2419]. C'est ainsi que le Conseil d'État a pu enrichir progressivement la notion d'ordre public, permettant d'élargir les facultés d'action du pouvoir de police administrative[2420].

Le rôle du juge est même plus important que cela. L'absence de notion abstraite fondant l'exercice d'un pouvoir dans un texte n'empêche pas le juge d'en faire lui même émerger[2421]. Comme l'a explicitement reconnu le commissaire du Gouvernement Massot : « la vérité est bien que ce n'est que dans votre jurisprudence que l'on trouve exprimée l'idée selon laquelle le passeport peut être refusé lorsque le déplacement à l'étranger est de nature à compromettre la sûreté publique […]. Le critère de la sûreté publique est purement jurisprudentiel »[2422]. Une telle création ne constitue alors pas une limite à l'action administrative. Elle permet ici d'étendre l'usage d'un pouvoir discrétionnaire, mais à condition que la situation juridiquement qualifiée puisse être identifiée, et ce, sous le contrôle du juge.

2419. PASBECQ (C.), « De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir », *RDP* 1980, pp. 803-849, notamment p. 837-843 ; AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, t. II, 3e éd., *op. cit.*, pp. 405-406.

2420. Tel est le cas de l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* (CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, rec. 372, concl. Frydman ; GAJA 21e éd., n°91) : l'article L. 131-2 du Code des communes, devenu l'article L. 2212-2 du Code Général des Collectivités Territoriales, prévoyait notamment que « la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ». Déclarant qu'est légal l'arrêté du maire de Morsang-sur-Orge, interdisant l'activité dite du « lancer de nain », au motif que rien en l'espèce « ne fait obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police municipale interdise une activité même licite si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public », le Conseil d'État assimile la protection de la dignité humaine à la préservation de l'ordre public. En poursuivant la première, l'autorité de police agit bien dans le cadre de la seconde. Le commissaire du Gouvernement Frydman le reconnaissait très expressément dans ses conclusions *:* « la moralité publique constitue bien également, *selon votre jurisprudence*, un des buts en vue desquels cette police peut trouver à s'exercer » (rec. 380 (C'est nous qui soulignons)).

C'est aussi sur le fondement de cette composante de l'ordre public que le Conseil d'État a validé la suspension d'un spectacle, en 2014, dans ce qui est appelé « l'affaire Dieudonné » : CE, ord., 9, 10 et 11 janvier 2014, *Ministre de l'intérieure c. Société les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala,* rec. 1, *AJDA* 2014, p. 129, trib. B. Seiller, p. 473, trib. C. Broyelle, p. 866 note J. Petit *; Dalloz 2014, p*. 200, note D. Maus. Voir aussi l'arrêt relatif à la légalité de la circulaire adressée par le ministre de l'Intérieur aux préfets dans le cadre de cette affaire : CE, 9 novembre 2015, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne et SARL Les productions de la Plume et M.D. M'Bala M'Bala,* rec. 377 ; *RFDA* 2016, pp. 791-798, note P. Bon.

En revanche, en l'absence d'atteinte à la dignité humaine, l'interdiction d'un autre spectacle, joué par la même personne, ne peut être légalement justifiée (CE, ord., 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne,* rec. 55 ; *Dalloz* 2015, p. 544 note B. Quiriny ; *AJDA* 2015, p. 1658, note E. Saillant-Maraghni).

Voir en général, sur la dignité humaine comme composant de l'ordre public, les actes du colloque s'étant tenu pour l'anniversaire de l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* : *Les vingt ans de l'arrêt* Commune de Morsang-sur-Orge. *À propos de la dignité de la personne humaine, RFDA* 2015, n° 5 et 6. Voir notamment : LELEU (T.), « La dignité de la personne humaine comme fondement des mesures de police administrative », pp. 883-889.

2421. LETOURNEUR (M.), « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *op. cit*., p. 58.

2422. Conclusions sous l'affaire *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation c. Peltier* (CE, Ass., 8 avril 1987, rec. 128, concl. Massot, p. 133).

Complémentaire du contrôle de l'erreur de fait, la qualification juridique est parfois difficile à distinguer de celle-ci. La différence tient, selon nous, à la possibilité d'admettre qu'un désaccord puisse ou non se former sur la réponse à apporter. En somme, l'appréciation de l'existence des faits appelle uniquement la possibilité d'apporter une réponse sous la forme « oui » ou « non ». Est-ce que telle situation s'est bien déroulée comme décrite par l'administration ? Oui ou non. Il n'y a qu'une seule bonne réponse possible. Les faits sont ainsi objectivement vérifiables, ils existent ou n'existent pas. Cela ne veut pas dire qu'ils sont aisés à vérifier. Cette question est encore différente, et l'exemple des procès criminels cherchant à retracer le déroulement des faits en est un exemple topique. Mais cette précision n'enlève rien à ce qui constitue la qualité première d'un fait : son existence ou son absence. La qualification juridique des faits, quant à elle, est une question pouvant amener à des appréciations plus subjectives. Tel comportement est-il une faute ? Telle situation peut-elle être considérée comme troublant l'ordre public ? Il y a ici une question de degrés, d'évaluation, qui rend impossible toute réponse nette. Dans des situations limites, des observateurs objectifs pourraient arriver à des conclusions différentes sur la qualification à donner à certains faits.

C'est d'ailleurs pour cela que l'erreur manifeste s'est développée en ce domaine : elle permet au juge de ne sanctionner que les errements les plus fragrants de l'administration[2423]. Elle traduit un droit au désaccord entre l'autorité et le juge sur la qualification à donner à certains faits. Le résumé qu'en fait Maxime Letourneur nous paraît révéler cette différence : « la condition légale subordonne l'exercice d'un pouvoir par l'autorité administrative à l'existence d'une situation de fait déterminée. La légalité ou l'illégalité de l'acte dépend de l'existence ou de la non-existence de certains faits constitutifs de cette situation et de leur correcte interprétation ; le juge de l'excès de pouvoir doit, en conséquence, contrôler la *réalité* de ces faits et l'exactitude de leur *interprétation* »[2424]. Il en ressort qu'une qualification nécessite forcément d'être sous-tendue par des faits objectivement vérifiables. Mais, leur évaluation juridique peut conduire à des divergences, car il faut les interpréter. L'on serait même tenté de dire que se poser la question de savoir si une question traduit la recherche d'un fait matériel ou une qualification juridique est déjà une réponse en soi : il s'agit nécessairement de la

2423. AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., t. II, *op. cit.*, pp. 398-400 ; CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, pp. 1061-1071 ; FRIER (P.-L.), *Motifs (contrôle des)*, in *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, pt. 48-61 ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 875-881 ; MOUTOUALLAGUIN (S.), « Le centenaire de l'arrêt *Gomel*, entre ombre et lumière », *op. cit.*, notamment pp. 14-15 ; LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, 9e éd., *op. cit*., pp. 526-527.
En générale sur le contrôle de l'erreur manifeste : KORNPROBST (B.), « L'erreur manifeste », *Dalloz* 1965, pp. 121-124 ; SERRAND (P.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente », *op. cit.*, notamment pp. 906-912.
2424. LETOURNEUR (M.), « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *op. cit*., p. 58 (C'est nous qui soulignons).

seconde. Le terme qualifiant la situation est, dans ce cas, plus abstrait, ce qui explique les possibles antagonismes quant à la conclusion. Il peut d'ailleurs faire l'objet, en lui-même, d'une définition propre, regroupant ces caractéristiques fondamentales : qu'est-ce qu'une faute ? Qu'est-ce qu'un trouble à l'ordre public ? Là encore, les définitions pourraient en partie, même marginalement seulement, diverger entre chaque personne. Or, cela n'est pas possible lorsque sont en cause des faits.

L'évolution du contrôle juridictionnel dans le cadre du recours pour excès de pouvoir démontre la volonté, et la capacité, du juge administratif français à développer une plus grande exigence du respect de la légalité. Que ce soit par un renforcement et une diversification des normes, ou par un enrichissement des moyens de contrôle, il veille à ce que l'ensemble de l'acte administratif soit conforme au droit. Son rôle est loin de celui d'un juge appliquant uniquement la loi, à certains aspects de l'activité administrative. L'activisme juridictionnel a permis, sur ce point, une évolution importante du principe de légalité. La conclusion quant à la *judicial review* est similaire, conduisant à un renouvellement théorique du rôle du juge anglais.

II. La diversité des cas d'ouverture en *judicial review*, illustration du passage à une conception *lato sensu* de la légalité

En s'appuyant essentiellement sur le respect de la loi, la doctrine traditionnelle conférait un domaine relativement restreint au contrôle de *judicial review*. L'extension que les juges vont lui donner va, dès lors, nécessairement la remettre en question. Si le début du XXe siècle a marqué un net recul du contrôle juridictionnel, la période qui va suivre sera celle du renouveau et de son développement[2425]. Confrontés à l'accroissement des actions de l'État, les juges vont adapter la *judicial review*, ainsi que la *common law*, et ce, afin de soumettre les décisions des autorités publiques au droit. Dans cette entreprise, diverses étapes sont identifiées. Chacune constitue une pierre supplémentaire dans la construction juridictionnelle de la *judicial review* moderne.

L'évolution va être progressive. Aucune rupture nette n'est opérée. Cette précision est importante puisqu'elle reflète ce qui sous-tend toutes les évolutions de la *judicial review* : une volonté d'étendre le contrôle de l'administration sans remise en cause des principes traditionnels du

2425. Voir *supra* : Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II, II, A, 2.
SEDLEY (S.), « The Long Sleep », pp. 183-192 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law, A Liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit.* ; *Lions Under the Throne. Essays on the History of English Public Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, 295 pages, pp. 23-44.

droit public, au premier rang desquels la souveraineté du Parlement. Les juges déforment les données essentielles du système juridique, sans jamais le remettre en cause. Cette évolution, sans rupture, justifiera, nous le verrons par la suite, le développement d'une doctrine modifiée de l'*ultra vires*, largement présente en jurisprudence. Son illustration la plus nette a déjà été étudiée : il s'agit de l'extension de la notion de « compétence » pour étendre le contrôle des erreurs de droit[2426].

La *judicial review* repose, comme le recours pour excès de pouvoir, sur l'idée de cas d'ouverture (*grounds*). Classiquement, les cas d'ouverture sont regroupés sous trois expressions : illégalité, erreur procédurale et irrationalité. Cette division est celle retenue par Lord Diplock dans l'affaire dite *GCHQ* de 1985[2427]. Comme toute classification, elle est relative. Nous le constaterons dans les prochains développements. D'autres ont pu être proposées en jurisprudence[2428]. De même, les ouvrages en suivent rarement la trace exacte. Toutefois, elle est toujours utilisée par les juges[2429] et il ne nous revient pas, ici, d'en proposer une nouvelle[2430]. Une telle classification, répétons-le, est toujours relative et dépend de la façon dont on aborde le sujet d'étude. L'angle peut varier, ce qui compte le plus c'est en restituer la matière. L'approche n'est, de surcroît, pas figée. Lord Diplock admet explicitement la possibilité de voir cette nomenclature s'enrichir de nouveaux cas[2431].

Le triptyque émergeant de son jugement illustre deux phénomènes distincts. D'une part, les vices pouvant être sanctionnés au titre de la « légalité » se sont enrichis. Plus conformes à la vision classique de la *judicial review* fondée sur l'*ultra vires*, ils dénotent l'accroissement du contrôle juridictionnel dans le respect du texte législatif et de la volonté du Parlement (A.). D'autre part, l'erreur procédurale et l'irrationalité, dont la présence dans le paysage contentieux anglais ne fait aucun doute, se sont développées en dehors du strict respect de la loi. Ici, ce sont les juges, œuvrant au nom de la *common law*, qui vont imposer des obligations à l'action administrative (B.).

Ces développements permettent de grandement relativiser l'importance de la notion de « compétence » au sein de la *judicial review*. Plus exactement, cette dernière a été utilisée de

2426. Par le biais de l'affaire *Anisminic*, voir *infra* : partie I, Titre II, Chapitre II, Section I, II, C.
2427. *Council for Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, pp. 410-411.
FORDHAM (M.), « Surveying the Grounds : Key Themes in Judicial Intervention », pp. 184-199 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit*.
2428. *R (on the application of Keyu) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2015] UKSC 69, [127] (Lord Neuberger).
Pour une étude critique, voir : RYLATT (J.W.) et TOMLINSON (J.), « Something New in Subtance Review : Keyu v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs », *JR* 2016, pp. 204-208.
2429. Pour un exemple récent : *R. (on the application of Bancoult N°2) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2008] UKHL 61, [35] (par Lord Hoffmann).
2430. De même, nous ne suivrons pas la voie prise par Spyridon Flogaïtis dans sa thèse, celui-ci étudiant les cas d'ouverture en droit anglais suivant la nomenclature française (*Administrative Law et Droit Administratif*, *op. cit.*, pp. 181-202). « Étrangère à l'esprit britannique », comme le reconnaît l'auteur, elle nous paraît aussi occulter le fait que la classification illustre un point de vue sur la question (*ibid*., p. 183). La changer, c'est altérer ce regard. Nous préférons ici retranscrire, le plus fidèlement possible, la vision anglaise.
2431. *Council for Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, pp. 410.

manière large afin de faire entrer les vices sanctionnés par les juges dans une catégorie traditionnelle de contrôle, et la justifier par la doctrine de l'*ultra vires*. Cela a conduit les juges à traduire tout contrôle en termes de « compétence » et de « procédure » (au sens large), en opposition à la substance et aux *merits* ; cela permettait également de justifier la distinction entre *judicial review* et appel alors que la première se rapprochait de la seconde[2432]. Or, bien avant *Anisminic*, les juges sont entrés dans l'appréciation du raisonnement de l'administration, et de son utilisation du pouvoir discrétionnaire. Dès lors, l'utilisation du terme « compétence » par les juges a été avant tout fonctionnelle, permettant de légitimer l'extension de leur contrôle. Il se confond dans ce cas plutôt avec le terme « pouvoir » (*vires*), et s'éloigne de l'idée d'une simple capacité à agir. Depuis longtemps, les cours ne se limitent pas uniquement au contrôle d'une « compétence » entendue *stricto sensu*, ou comme comprenant uniquement les erreurs de droit. Cela signifie qu'avant même de contrôler entièrement les éléments de la loi, les juges ont su créer et faire respecter certains principes jurisprudentiels.

A. Le renforcement du respect de la légalité stricto sensu

Lord Diplock définit ainsi ce premier cas d'ouverture : « par « illégalité » comme cas d'ouverture de la *judicial review*, je veux dire que l'autorité décisionnaire doit appliquer correctement le droit régulant son pouvoir décisionnaire et doit lui donner effet »[2433]. Comme nous l'avons vu, les juges contrôlent toutes les erreurs de droit aujourd'hui. Deux autres éléments peuvent être identifiés.

Le premier élément est un complément, peut-on dire, à l'affaire *Animinic*. Sa portée est restreinte, mais tout aussi importante dans l'illustration du développement du contrôle des juges : il s'agit du contrôle des erreurs de fait. Longtemps opéré de façon très limitée et au grès d'une utilisation pragmatique de la notion d' « erreur de droit », le contrôle de l'erreur de fait est devenu un cas à part entière d'illégalité (1.). Enrichissant les éléments soumis aux juges, il dénote aussi leur volonté et leur capacité à entrer dans un domaine longtemps considéré comme inadapté à la *judicial*

2432. RUBINSTEIN (A.), *Jurisdiction and Illegality. A Study in Public Law*, Clarendon Press, Oxford, 1965, 256 pages GORDON (D.M.), « What Did the Anisminic Case Decide ? », *MLR* 1971, pp. 1-11, p. 2 notamment ; GOULD (B.C.), « Anisminic and Jurisdictional Review », *PL* 1970, pp. 358-371, pp. 361-362 ; BEATSON (J.), « The Scope of Judicial Review for Error of Law », *OJLS* 1984, pp. 22-45, pp. 22-24 ; HARE (I.), « The separation of powers and judicial review for error of law », voir pp. 115-117 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; LAWS (J.) et HOOPER (B.), « Illegality : the Problem of Jurisdiction », pp. 91-115 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit*.
2433. *idem*.

review.

Le deuxième est révélateur des problèmes posés par la notion de « compétence » : il s'agit du contrôle du pouvoir discrétionnaire. Existant depuis longtemps, son importance ne doit pas être occultée. Les juges n'ont pas hésité à entrer dans l'évaluation de la légalité de son utilisation. Celle-ci se fait au regard de la loi, telle qu'interprétée par les juges (2.).

1. Le difficile contrôle des erreurs de fait entrant dans la compétence de l'autorité

Si la décision *Anisminic* a unifié les questions de droit pour en faire des éléments affectant nécessairement la compétence de l'autorité publique, il n'en va pas de même pour les questions de fait. Les juges sont beaucoup plus rétifs à entrer dans l'appréciation portée par la personne publique sur les éléments matériels. Certes, ils contrôlent l'ensemble des faits affectant la compétence, mais tous n'entrent pas dans cette catégorie. Dans ce dernier cas, ils relèvent entièrement du pouvoir discrétionnaire de l'organe compétent. Les cours ne peuvent en connaître. Deux motifs président à cette réticence : d'une part, la procédure de la *judicial review* ne permet pas de recueillir un grand nombre de faits, notamment de par la dimension accusatoire de sa procédure ; d'autre part, les autorités possédant le pouvoir de décider sont en principe mieux placées et mieux à même de découvrir les faits et les vérifier.

Toutefois, la distinction n'est pas aussi manichéenne que cela. Les juges ont développé diverses techniques pour opérer un certain contrôle en ce domaine. Cependant, il reste bien en deçà de celui existant pour les questions de droit[2434]. De surcroît, la question du champ du contrôle dans ce domaine a posé, et pose toujours, de nombreux problèmes. Il reste difficile d'identifier dans quelle mesure les cours vont censurer une décision comme se fondant sur une erreur de fait[2435]. Il faut bien distinguer deux problématiques : celle du contrôle des faits en lui-même, qui n'est pas inconnu de la *judicial review* ; et celle du rattachement de ce cas à un fondement inhérent au rôle des cours. Trois techniques de contrôle des faits peuvent être ainsi identifiées[2436].

2434. GORDON (D.M.), « Certiorari and The Revival of Error in Fact », *LQR* 1926, pp. 521-535 ; ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 340-341.
2435. Par exemple, Paul Craig se résout à opérer par voie de listes : CRAIG (P.), « Judicial Review, Appeal and Factual Error », *PL* 2004, pp. 788-807, notamment pp. 793-796 ; *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 504-506.
2436. D'une façon générale, voir : JONES (T.), « Mistake of fact in administrative Law », *PL* 1990, pp. 507-526 ; YEATS (I.), « Findings of Fact : The Role of the Courts », pp. 131-153 in A*dministrative Law and Government Action*, sous la dir. de H. Richardson et H. Genn, *op. cit.* ; WILLIAMS (R.), « When is an Error not an Error ? Reform of Jurisdictional review of Error of Law and Fact », *PL* 2007, pp. 793-808 ; CRAIG (P.), « Judicial Review, Appeal and Factual Error », *op. cit.* ; FORSYTH (C.) et DRING (E.), « The Final Frontier : The Emergence of Material Error of Fact as a Ground for Judicial Review », pp. 245-263 in *Effective Judicial Review*, sous la dir. de C. Forsyth et al., *op. cit*.

En premier lieu, et sans insister sur ce point, les juges peuvent déterminer l'existence d'une mauvaise appréciation des faits opérée par l'autorité en la qualifiant de façon à la faire entrer dans un cas précis de contrôle de légalité. Ce n'est pas une erreur de fait qui est condamnée, au sens premier. Plus exactement, l'erreur commise va conduire à un cas d'illégalité plus classique : elle pourra être sanctionnée au titre de la « prise en compte d'une considération non pertinente » par exemple ; ou encore comme révélant une décision « irrationnelle »[2437]. Pendant longtemps, c'est ainsi que les juges ont sanctionné les erreurs de fait[2438]. Par le truchement de ces notions, elles ont été considérées comme des erreurs de droit. Cela a rendu difficile leur identification. C'est ce qui, aujourd'hui encore, explique les problèmes rencontrés dans la systématisation de la jurisprudence sur ce sujet. Ils n'ont pas encore été totalement résolus.

En second lieu, les juges peuvent appliquer la règle de « l'absence d'éléments » (*no evidence rule*). Elle permet de sanctionner une conclusion de fait relevant de la compétence de l'autorité, mais qui ne se fonde sur aucun élément matériel. Dans les termes de Lord Diplock, cela signifie qu' « une décision arrivant à certaines conclusions doit être fondée sur des éléments tendant à démontrer l'existence de faits conformes avec ces conclusions et que le raisonnement […] n'est pas en contradiction avec eux »[2439]. La règle ne doit pas être prise dans un sens trop strict. Elle ne permet pas de censurer uniquement l'absence totale d'éléments ; elle peut aussi entrer en jeu lorsque ces éléments sont insuffisants pour soutenir l'appréciation en cause[2440]. Dans l'affaire *Williams*, Lord Cooke of Thorndon s'appuie sur un jugement rendu en 1922, dans une affaire criminelle, pour relever qu'une conclusion de fait doit être soutenue par des preuves. Plus précisément, le Lord affirme : « condamner ou faire un procès sans aucune preuve admissible concernant la culpabilité doit être considéré comme une erreur de droit »[2441]. Pendant longtemps, la règle de l'absence de preuve a été rejetée par les juges puisqu'elle conduisait à entrer dans le domaine de compétence des

2437. Sur cette notion, voir *infra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, II, B, 2.
2438. BRENNAN (G.), « The Purpose and Scope of Judicial Review », pp. 18-35, notamment pp. 30-33 in *Judicial Review of Administrative Action in the 1980s. Problem and Prospects. Problem and Prospects*, sous la dir. de M. Taggart, *op. cit.* ; WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 564-566.
Voir le jugement de Lord Griffiths dans *R. v. Lord President of the Privy Council, ex p. Page* [1993] AC 682, p. 694.
2439. *Peter Thomas Mahon v. Air New Zealand Ltd* [1984] AC 808, p. 821.
Voir également : *R. v. Carson Roberts* [1908] 1 KB 407, p. 423 (Fletcher Moulton LJ.).
2440. *Edwards v. Bairstow* [1956] AC 14, p. 29 (Viscount Simonds) ; *Ashbridge Investments ltd v. Minister of Housing and Local Government* [1965] 1 WLR 1320, p. 1326 (Lord Denning MR) ; *Peak Park Joint Planning Board v Secretary of State for the Environment* [1991] JPL 744, p. 745 (commentaire) ; *Runa Begum v. Tower Hamlets LBC* [2003] UKHL 5, [99] (Lord Millett).
Voir : JONES (T.), *ibid.*, p. 523 ; FORSYTH (C.) et DRING (E.), *ibid.*, p. 250.
2441. *R. v. Bedwellty Justices, ex p. Williams* [1997] AC 225, p. 233.
Pour une même qualification, voir : *Hemns v. Wheeler* [1948] 2 KB 61, pp. 65-66 (Tucker LJ).
Voir : BEATSON (J.), « The Scope of Judicial review for Error of Law », *op. cit.*, p. 30 et p. 40.

autorités. Aujourd'hui, cette règle constitue « une autre branche du principe de l'ultra vires »[2442]. Toutefois, il semble encore nécessaire aux juges de la faire entrer dans une catégorie prédéfinie d'erreur de droit[2443]. Cela ne signifie pas qu'elle est inutile ; de plus en plus elle permet d'identifier un vice[2444]. Elle a ainsi permis d'annuler un ordre d'expropriation portant sur un immeuble pour lequel l'autorité compétente n'avait apporté aucune preuve qu'il soit utile pour réaliser le développement de la zone concernée[2445]. De même, le refus de renouvellement d'une autorisation d'exploitation est illégal lorsque le motif invoqué n'est soutenu par aucun élément matériel[2446]. On s'aperçoit que, dans sa formulation même, cette règle permet avant tout de censurer des erreurs manifestes. Le juge ne se substitue pas à l'autorité. L'erreur est tellement visible et importante que le juge, sans entrer dans la perception même de l'autorité et sans décider pour lui-même, peut la déceler. La règle de « l'absence d'éléments » est le premier pas vers l'émergence d'une catégorie à part entière d'erreurs de fait.

La troisième technique de contrôle représente une étape supplémentaire dans le chemin vers l'émergence d'un cas de contrôle fondé uniquement sur les erreurs de fait, considérées de façon autonome. Elle ressort de la décision rendue en 2004 dans l'affaire *E v Secretary for State for the Home Department*[2447]. L'intérêt de cette décision, fondée sur le jugement de Carnwarth LJ, est double : elle clarifie l'approche des juges concernant le contrôle de la matérialité des faits ; elle fait d'une erreur dans ce domaine un cas à part entière de *judicial review*[2448]. L'affaire *E* peut donc être

2442. SCHWARTZ (B.) et WADE (H.W.R.), *Legal Control of Government. Administrative Law in Britain and the United States*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1972, 349 pages, pp. 238-340 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, p. 230, voir sur l'évolution de l'utilisation de cette règle, pp. 227-230.
2443. Voir les arrêts cités.
Pour un point de vue similaire : DEMETRIOU (M.) et HOUSEMAN (S.), « Review of Error of Fact – A Brief Guide », *JR* 1997, pp. 27-32, voir pp. 29-30 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 564-566 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 514-515.
Dans un *obiter dictum*, Maurice Kay LJ considère de même qu' « une conclusion de fait soutenue par des éléments matériels peut conduire, de cette façon, à une erreur de droit » (*Miftari v. Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 481, [38]).
2444. On le remarque particulièrement en parcourant les manuels édités sous le nom de l'auteur Stanley De Smith.
Jusqu'à la quatrième édition, l'hypothèse de la reconnaissance d'un cas « erreur de fait » était considérée comme pouvant créer de grandes difficultés (DE SMITH (S.A), *Judicial review of Administrative Action*, 3e éd., *op. cit.*, p. 120 ; EVANS (J.M.), *De Smith's Judicial review of Administrative Action*, 4e éd., Stevens and Sons Limited, Londres, 1980, 626 pages, p. 139). Dans les éditions suivantes, la même question reçoit une réponse beaucoup moins négative malgré les difficultés auxquels le contrôle peut conduire (DE SMITH (S.A), JOWELL (J.) et WOOLF (H.), *Judicial Review of Administrative Action*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 286-289 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., pp. 566-567).
2445. *Coleen Properties Ltd v. Minister of Housing and Local Government* [1971] 1 WLR 433. Sachs J en fait une question de compétence, preuve qu'il est nécessaire de légitimer ce contrôle (p. 439).
Voir également : SCHWARTZ (B.) et WADE (H.W.R.), *Legal Control of Government. Administrative Law in Britain and the United States*, *op. cit.*, pp. 238-240 ; BEATSON (J.), « The Scope of Judicial review for Error of Law », *op. cit.*, p. 30 (l'auteur considère qu'il s'agit d'une question de droit).
2446. *R. v. Birmingham City Council, ex p. Sheptonhurst Ltd* [1990] 1 All ER 1026.
2447. *E v. Secretary of State for the Home Department* [2004] EWCA Civ 49.
2448. CRAIG (P.), « Judicial Review, Appeal and Factual Error », *PL* 2004, pp. 788-807 ; GREKOS (M.), « Material

considérée comme le pendant de l'affaire *Camino* pour le recours pour excès de pouvoir[2449]. Elle est à ce titre d'une importance capitale. Le juge anglais est dorénavant doté d'un outil de contrôle à part entière des faits. Une telle carence avait été regrettée, un demi-siècle avant l'intervention de cet arrêt, par le Professeur Hamson, dans son étude du Conseil d'État[2450]. Carnwath LJ va résumer cette problématique dans son jugement[2451]. Il va ensuite tenter d'y apporter de l'ordre en s'appuyant sur les opinions des juges favorables au développement d'un contrôle de l'erreur de fait. L'affaire *E* posait, en substance, la question de la possibilité d'apporter de nouvelles preuves afin de démontrer un fait contesté par l'autorité publique[2452]. Carnwath LJ va affirmer, parlant au nom des trois juges composant la formation judiciaire : « de notre point de vue, le temps est arrivé d'accepter qu'une

---

Error of Fact – A Separate Ground of Review in Administrative Law ? », *JR* 2004, pp. 184-188 ; WILLIAMS (R.), « When is an Error not an Error ? Reform of Jurisdictional review of Error of Law and Fact », *op. cit.*, pp. 793-797 ; FORSYTH (C.) et DRING (E.), « The Final Frontier : The Emergence of Material Error of Fact as a Ground for Judicial Review », voir pp. 250-252 in *Effective Judicial Review*, sous la dir. de Christopher Forsyth et al., *op. cit*.

2449. Le parallèle est d'ailleurs explicitement fait par William Wade et Christopher Forsyth : *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, p. 231.

2450. HAMSON (C.J.), *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, LGDJ, Paris, 1958, 237 pages, pp. 208-210.

Voir également : VISRUTPICH (V.), *Le contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les autorités administratives en droit français et anglais*, thèse, dactyl., 1991, 413 pages, pp. 78-79.

Bien avant l'affaire *E*, certains juges avaient admis qu'une décision pouvait être remise en cause, car elle portait sur des faits matériellement inexacts : voir le jugement de Lord Wilberforce dans l'affaire *Secretary of State for Education and Science v. Tameside MBC* [1977] AC 1014, p. 1047.

Cependant, et bien que de plus en plus de juges se déclarent en faveur d'un tel contrôle, il y avait une grande réticence à l'appliquer en tant que tel. Notamment, cette possibilité a été mentionnée explicitement par Lord Slynn dans deux jugements, mais le Lord ne l'a jamais appliqué, préférant rendre sa décision sur d'autres fondements : *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, ex p. A* [1999] 2 AC 330, pp. 343-346 ; *R. (on the application of Alconbury Developments Ltd and Others) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23 [53]. Voir également dans cette dernière affaire, le jugement de Lord Clyde, notamment [169].

2451. Pour ce qui est du résumé du droit existant au moment de l'affaire : *E v. Secretary of State for the Home Department* [2004] EWCA Civ 49, [44]-[66].

Voir également : JONES (T.), « Mistake of fact in administrative Law », *op. cit.*, pp. 512-520 ; KENT (M.), « Widening the Scope of Review for Error of Fact », *JR* 1999, pp. 239-243 ; FORSYTH (C.) et DRING (E.), *ibid.*, pp. 250-252.

Précisons que l'affaire *E* ne portait pas directement sur une *judicial review* mais sur un appel limité aux questions de droit. Toutefois, Carnwath LJ établit qu'il y a une identité matérielle entre ces deux recours pour la question en cause. Cela permet d'étendre la portée de son raisonnement à la *judicial review* ([40] – [44]).

2452. Plus précisément, le requérant, de nationalité égyptienne, avait fait une demande d'asile au Secrétaire d'État. Il soutenait que son appartenance aux Frères Musulmans le conduirait à être torturé de retour en Égypte. Le Secrétaire d'État considère que cette raison n'est pas valable dès lors que, selon lui, l'appartenance à cette organisation ne conduit pas à de tels actes de persécutions. Cette décision sera confirmée par le *Immigration Appeal Tribunal*, devant qui le requérant avait contesté le refus opposé à sa demande, par un appel limité aux questions de droit. Suite à cela, il essaie de saisir la Cour d'Appel au motif que deux rapports récents viennent confirmer ses affirmations. Le *Immigration Appeal Tribunal* refuse de l'autoriser à opérer une telle saisine, notamment car il considère que sa décision ne pouvait être viciée puisque les rapports n'avaient pas été produits lors du jugement. Or, ce *tribunal* ne peut prendre de décision qu'au regard des éléments apportés lors de l'audience. Après cela, rien ne peut être ajouté pour soutenir les affirmations d'une des parties. La Cour d'Appel autorise cependant la procédure, et connaît de l'appel contre la décision du *tribunal*.

Sur la question de l'admissibilité des nouvelles preuves, la réponse du Lord est d'une portée très restreinte. Trois conditions sont posées pour que nouvelles preuves, démontrant l'erreur de fait, soient admises (elles ressortent de l'affaire de principe, en droit privé, *Ladd v. Marshall* ([1954] 1 WLR 1489)) : les preuves ne pouvaient pas être obtenues pour le procès ; si elles l'avaient été, cela aurait pu jouer sur la décision ; elles doivent être crédibles. Toutefois, dans l'affaire *E*, Carnwath LJ admet que ces conditions sont de principe, mais qu'au cas par cas, les juges puissent s'en écarter adopter une position plus souple ([81]-[82]). Voir : WILLIAMS (R.), « When is an Error not an Error ? Reform of Jurisdictional review of Error of Law and Fact », *op. cit.*, pp. 797-808 ; CRAIG (P.), « Judicial Review, Appeal and Factual Error », *op. cit.*, pp. 805-807 ; *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 520-521.

erreur de fait conduisant à une injustice soit un cas d'ouverture à part entière lors d'un appel sur une question de droit [...] »[2453]. Précisant sa pensée, le juge pose quatre conditions à ce contrôle : « En premier lieu, il doit y avoir une erreur concernant un fait existant, incluant une erreur sur l'accès d'un élément sur un sujet particulier. En deuxième lieu, les faits ou les éléments doivent avoir été « établis », en ce sens qu'ils doivent être non litigieux et objectivement vérifiables. En troisième lieu, le requérant (ou ses avocats) ne doit pas être responsable de l'erreur. En dernier lieu, l'erreur doit avoir eu un rôle matériel (et non pas forcément décisif) dans le raisonnement du Tribunal »[2454].

Plusieurs éléments ressortent de cet extrait du jugement de Carnwath LJ.

L'erreur de fait devient un cas autonome d'illégalité[2455]. Tout comme en France, l'erreur de fait intègre la légalité. Toutefois, en parlant d' « injustice », le juge lui donne également une coloration juridique : c'est parce qu'elle constitue une telle « injustice », notion juridique, qu'elle est sanctionnée.

Le jugement est rédigé en des termes larges. Cela autorise à inclure tous types d'erreur. L'affaire *E* permet d'élaborer un test unique pour ce qui est du contrôle de la matérialité des faits. De nombreuses affaires postérieures ont apporté certains exemples d'application du jugement de Carnwath LJ : celui-ci a donc été validé et précisé par la jurisprudence. A pu être considérée comme une erreur de fait l'affirmation d'un tribunal selon laquelle une école allait fermer ses portes, alors que cela n'était qu'à l'état de proposition[2456] ; ou encore que deux pharmacies étaient indépendantes, alors qu'elles étaient clairement liées[2457]. En revanche, ne peut pas être considéré ainsi le désaccord sur la nécessité d'opérer des travaux acoustiques dans une école afin de l'adapter à un enfant mal entendant, dès lors que ce fait litigieux par nature, n'est pas déterminant et ne concerne pas un fait existant[2458] ; ni des erreurs qu'auraient commises une autorité dans l'évaluation des programmes suivis par un détenu demandant sa libération conditionnelle, et dans la résolution de son problème d'alcoolisme, car même si de tels faits étaient avérés, ils n'auraient pas conduit à changer la décision de refus lui étant opposée[2459] ; enfin, le refus d'une autorité locale d'octroyer une habitation à une femme battue n'est pas vicié par une erreur de fait lorsque la requérante affirme, contre tous les éléments du dossier, qu'elle n'a pas répondu à deux appels de son mari, cette situation de fait étant

2453. [66].
2454. *ibid*.
2455. DEMETRIOU (M.) et HOUSEMAN (S.), « Review of Error of Fact – A Brief Guide », *op. cit,* pp. 29-32 ; CRAIG (P.), « Judicial Review, Appeal and Factual Error », *op. cit.*, p. 796 et p. 798 ; FORSYTH (C.) et DRING (E.), *ibid.*, pp. 259-260.
2456. *R. (on the application of L) v. Wandsworth LBC* [2006] EWHC 694.
2457. *R. (on the application of Pharmacy Care Plus Ltd) v. Family Health Services Appeals Unit* [2013] EWHC 824.
2458. *W. v. The Staffordshire County Council* [2006] EWCA Civ 1676, [24]-[26] (Carnwath LJ.).
2459. *R. (on the application of Morton) v. Parole Board of England and Wales* [2009] EWHC 188.

également litigieuse[2460]. Ces exemples mettent en évidence qu'en cas de difficulté à évaluer ou connaître précisément les faits, les juges seront moins prompts à intervenir.

Enfin, certains auteurs ont pu assimiler l'affaire *E* à ce qu'a été l'affaire *Page*, dans le cadre des erreurs de droit, c'est-à-dire l'affirmation nette de la remise en cause de la distinction entre les erreurs de droit affectant, et relevant, de la compétence de l'autorité. La différenciation entre les erreurs de fait portant sur la compétence et relevant de la compétence serait remise en cause, entraînant avec elle la distinction entre droit et fait[2461]. Pour autant, la doctrine n'est pas unanime sur ce point[2462]. Notamment, l'établissement d'une erreur de fait reste particulièrement difficile. C'est cela qui permet de dire que l'affaire *E* n'est pas assimilable totalement à *Page*. Dans sa formulation même, le contrôle laisse transparaître la réticence du juge à entrer plus avant dans un domaine relevant, en principe, de l'appréciation de l'autorité publique, alors qu'il sanctionne toutes erreurs de droit[2463].

L'établissement d'un cas de contrôle exclusivement basé sur une erreur de fait est difficile. La *judicial review* est avant tout un contrôle portant sur les questions de droit. Les évolutions successives, à travers le développement de la règle de « l'absence d'éléments » et la systématisation des erreurs matérielles permise par l'affaire *E*, restent importantes. Les juges sont de plus en plus enclins à considérer les éléments de fait. Néanmoins, le risque d'entrer dans des considérations propres aux *merits* paralyse l'entreprise des juges. De surcroît, la procédure de *judicial review* n'est pas adaptée à un tel contrôle[2464]. Bien que de plus en plus individualisée, l'erreur de fait reste difficile à établir. Elle ne concerne que les vices les plus patents. Par la voie de la *judicial review*, les juges se refusent à opérer eux-mêmes une recherche des faits. Il s'agit avant tout de vérifier qu'aucune erreur manifeste n'a été commise.

2460. *London Borough of Richmond Upon Thames v. Kubicek* [2012] EWHC 3292, [28].

2461. WILLIAMS (R.), « When is an Error not an Error ? Reform of Jurisdictional review of Error of Law and Fact », *op. cit.*, pp. 793-797. L'auteur propose également une nouvelle nomenclature des erreurs sanctionnées par les juges (voir, pp. 797-808).
Voir également : FORSYTH (C.) et DRING (E.), « The Final Frontier : The Emergence of Material Error of Fact as a Ground for Judicial Review », pp. 262-263 in *Effective Judicial Review*, sous la dir. de C. Forsyth et al., *op. cit*.

2462. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., p. 566 (l'affaire est traitée à part du concept de « compétence » et des erreurs de fait l'affectant) ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, p. 234 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 525-526.

2463. FORSYTH (C.) et DRING (E.), *ibid.*, p. 252 et p. 257 : ce contrôle faible permet de maintenir l'appréciation discrétionnaire des *merits* faite par l'autorité compétente.
Voir également : KENT (M.), « Widening the Scope of Review for Error of Fact », *op. cit.*, pp. 239-243 : l'auteur appelait à l'émergence d'un cas à part, au sein de la *judicial review*, permettant de contrôler la matérialité des faits. En revanche, il mettait déjà en garde contre une appréciation trop poussée et pointilleuse des juges. Ce sont les erreurs les plus flagrantes que les juges devaient pouvoir sanctionner pour préserver la nature du recours. Sur ce point, l'affaire *E* remplit ses exigences.

2464. Sur l'ensemble des raisons justifiant la réticence des juges dans ce domaine, voir : DEMETRIOU (M.) et HOUSEMAN (S.), « Review of Error of Fact – A Brief Guide », *op. cit.,* pp. 27-28.

2. Le contrôle du pouvoir discrétionnaire au regard de la loi

L'unification des erreurs de droit et l'extension du contrôle sur les faits sont les illustrations d'un phénomène conduisant à relativiser le lien entre la loi et le rôle des juges. L'extension des vices sanctionnés par la *judicial review* démontre un certain activisme judiciaire. Ce phénomène porte même sur les pouvoirs les plus discrétionnaires que puisse octroyer le Parlement[2465]. L'étude du développement du contrôle des cours démontre la difficulté à le rattacher à un contrôle de légalité entendu strictement, c'est-à-dire comme traduisant le rapport entre la décision en cause et la loi particulière sur laquelle elle se fonde. Plutôt, il faut admettre que les juges prennent une large part dans le développement de contraintes juridiques pesant sur l'administration[2466]. Ils vont sanctionner des vices ne découlant pas de la lecture de la loi, mais de l'intention du Parlement[2467]. L'interprétation est ici centrale. Plusieurs exemples seront vus ici : l'interdiction de déléguer un pouvoir discrétionnaire (a.), le contrôle du but, similaire à celui de détournement de pouvoir (b.) et enfin le contrôle dit de la pertinence, dont le rapprochement avec un contrôle des motifs est possible (c.).

a. L'interdiction de déléguer un pouvoir discrétionnaire

Le principe est clair : l'autorité disposant d'un pouvoir discrétionnaire ne peut le déléguer. Cela implique l'impossible d'autoriser une autre personne à agir à sa place[2468] ; ou encore l'impossibilité de conditionner sa décision à son approbation par une autre autorité[2469]. Il s'agit de la mise en exercice de la maxime latine « delegatus non potest delegare »[2470] : l'autorité décisionnaire est désignée par le Parlement, c'est de lui qu'elle détient sa capacité à agir, elle ne peut donc

2465. AUSTIN (R.C.), « Judicial Review of Subjective Discretion – At The Rubicon : Whither Now ? », *CLJ* 1975, pp. 150-175.
2466. *idem*.
2467. GREY (J.H.), « Discretion in Administrative Law », *Osgoode Hall Law Review* 1979, 107-132 ; WALLINGTON (P.), « Discretion and Duty : the Limits of Legality », pp. 117-167 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 225-316 ; MASTERMAN (R.) et MURRAY (C.), *Exploring Constitutionnal and Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 514-528 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 527-575 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.,* pp. 526-539.
2468. *Allingham v. Minister of Agriculture* [1948] 1 All E.R. 780 ; *Barnard v. National Dock Labour Board* [1953] 2 QB 18.
2469. *Ellis v. Dubowski* [1921] 3 KB 621 ; *Lavender and Son Ltd v. Minister of Housing and Local Government* [1970] 1 WLR 1231.
2470. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, p. 297 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 259-262 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 528.

déléguer son pouvoir à un autre organe. Une telle pratique irait à l'encontre de la volonté du Parlement. Toutefois, des cas de délégations sont possibles. Ils dépendent largement de l'interprétation de la loi et, de la recherche de la volonté du Parlement de l'avoir autorisé[2471]. En principe, l'autorité se voyant confier le pouvoir de prendre des normes générales ne pourra pas le sub-déléguer[2472].

b. Le contrôle du but de l'action

L'autorité administrative n'échappe pas non plus à un contrôle du but similaire au détournement de pouvoir français. Lorsqu'il est inscrit dans la loi, le contrôle ne pose pas de problème[2473]. Tel est le cas lorsque des membres d'un conseil municipal utilisent les prérogatives dont ils disposent pour vendre des terrains appartenant à la ville dans un but purement politique et électoraliste[2474] ; de même, une autorité locale ne peut pas octroyer un permis de construire à une entreprise afin de lui faire remplir ses propres obligations en matière de logement[2475] ; un pouvoir de sanction ne peut être utilisé par une autorité locale afin de promouvoir l'égalité en prononçant une sanction contre un club de rugby ayant participé à un tournoi en Afrique du Sud durant l'apartheid[2476]. Peu importe alors que le but poursuivi soit très profitable pour l'intérêt public. Si le Parlement ne l'a pas prévu, il ne peut être réalisé par le biais d'un pouvoir conféré pour un autre objectif. Admettre cela reviendrait pour l'exécutif à se doter de pouvoir sans l'assentiment du législateur[2477].

Toutefois, si une loi est prise afin d'accomplir un objectif précis, les juges peuvent en faire découler des objectifs secondaires, compatibles. L'autorité publique verra son champ d'action accru dans ce cas[2478]. Ce d'autant plus qu'à l'instar du juge de l'excès de pouvoir français, le juge anglais ne

2471. *R. v. Secretary of State for Home Department, ex. p. Doody* [1994] 1 AC 531, p. 566 (Lord Mustill).
WALLINGTON (P.), *ibid.*, pp. 135-143 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 301-303 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 264-266.
2472. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 301-302 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 528-529.
2473. *Westminster Corporation v. London and North Western Railway Co.* [1905] AC 426.
Voir en général : CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 563-57 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, 538-539.
2474. *Porter v. Magill* [2002] 2 AC 357.
2475. *R. v. Hillingdon London Borough Council, ex p. Royco Homes Ltd* [1974] QB 720, pp. 729-730 (Lord Widgery CJ).
2476. *Wheeler v. Leicester City Council* [1985] AC 1054.
2477. *Earl Fitzwilliam's Wentworth Estates Co v. Minister of Town and Country Planning* [1952] AC 362, p. 311 (Denning LJ).
2478. *R. (on the application of Spath Holme Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*

censure pas une action administrative dont l'un des buts poursuivis ne fait pas partie de ceux normalement admissibles[2479]. Il la considérera illégale uniquement s'il est le but principal de l'acte et non pas seulement accessoire : tel est le cas lorsqu'une autorité locale lance une campagne auprès de ses contribuables non pas uniquement pour les informer du contenu d'un document ministériel fixant une feuille de route fiscale, mais pour les convaincre que cette politique est mauvaise. Le but politique est ici dominant. Or ce n'est pas dans cette optique que l'autorité locale pouvait agir, mais seulement pour informer la population[2480]. En revanche, dans une affaire tranchée en 1905, les juges ont considéré qu'une autorité locale chargée de construire des toilettes publiques, et décidant d'en installer sous une route, pouvait construire un tunnel d'accès permettant également aux piétons de traverser la rue[2481]. Il y a donc une certaine latitude laissée à l'administration dans la poursuite des buts qui lui sont assignés.

D'ailleurs, même lorsque la loi ne prévoit aucun but précis, cela n'interdit pas le contrôle. Laws J affirmait en 1995, dans l'affaire *Fewings*, qu' « aucune loi ne peut être dépourvue de but »[2482]. Il revient alors aux juges, en l'interprétant, d'en faire ressortir le but pour lequel le pouvoir a été octroyé. Par là, ils déterminent les limites posées par la loi, que l'autorité décisionnaire ne peut franchir[2483]. Telle est la portée de l'affaire *Padfield*, marquant un tournant dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration[2484]. L'*Agricultural Marketing Act* de 1958 autorisait le ministre, saisie d'une plainte, à en référer à un comité d'enquête « s'il le juge utile ». Une telle action avait été entreprise auprès du ministre par des producteurs de lait se plaignant du fonctionnement de la Commission chargée de leur acheter leur production, et notamment du prix fixé. Le ministre avait refusé de faire droit à la demande. La formulation de la loi ne laissait pas de doute : le ministre

---

[2001] 2 AC 349 : une loi prise afin de lutter contre l'inflation générale et mécanique des loyers peut servir à limiter les augmentations excessives par les propriétaires.

2479. WALLINGTON (P.), *ibid*., 163-165 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 276-280.

2480. *R. v. Inner London Education Authority, ex p. Westminster City Council* [1986] 1 WLR 28, notamment pp. 50-51 (Glidewell J).

2481. *Westminster Corporation v. London and Noth Western Railway Co Ltd* [1905] AC 426.
En revanche, lorsque l'autorité locale s'en sert uniquement pour créer un passage sous cette route, alors cette décision est illégale (*ibid*., pp. 427-428, par Earl of Halsbury LC).

2482. *R. v. Somerset County Council, ex p. Fewings* [1995] 1 All ER 513, p. 525 : le Lord va déclarer illégale la décision d'une autorité locale d'interdire la chasse aux cerfs sur certains terrains. Les membres de l'autorité ont adopté cette mesure uniquement car ils la considèrent immorale. La loi ne les autorisait pas à poursuivre un tel but.
Le jugement de Laws J. sera confirmé par la Cour d'Appel : *R. v. Somerset County Council, ex p. Fewings* [1995] 1 WLR 1037.

2483. *idem*.

2484. *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] AC 997.
Voir : DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) et JOWELL (J.), « Les juges et le contrôle de l'administration en Grande-Bretagne », *RDP* 1979, pp. 1059-1082 notamment pp. 1071-1072 ; LAWS (J.), « Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights? », *PL* 1993, pp. 59-79, notamment pp. 76-78 ; GALLIGAN (D.J.), *Discretionary Powers : a legal study of official discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1990, 401 pages, pp. 252-257 et pp. 291-296.

disposait d'un pouvoir totalement discrétionnaire, lui permettant de décider selon sa propre opinion[2485]. Cependant, Lord Reid relève : « Le Parlement a nécessairement octroyé un pouvoir discrétionnaire avec l'intention qu'il soit utilisé dans le but de promouvoir la politique et les objectifs de la loi, cette politique et ces objectifs doivent être déterminés par interprétation de la loi dans son ensemble et cette tâche est toujours une question de droit appartenant à la Cour »[2486]. Or, il apparaissait dans cette affaire que le refus du ministre avait pour but d'éviter un conflit politique. La loi n'ayant pas été ainsi conçue, et le pouvoir n'étant pas délégué dans ce but, le refus est illégal. L'affaire *Padfield* est importante à double titre.

D'une part, elle autorise un contrôle sur un pouvoir discrétionnaire subjectivement énoncé, dont la formulation laisse en principe peu de place à une interférence de la part des juges. Historiquement, les juges confrontés à ce type de pouvoir ont été très réticents à en contrôler l'utilisation[2487]. L'affaire *Padfield* ouvre une nouvelle époque marquée par plus d'interventionnisme. Elle constitue un « marqueur du droit administratif moderne »[2488]. D'autre part, elle fait ressortir l'importance de l'interprétation de la loi, et de la recherche de l'intention du Parlement. C'est par ce biais que les juges peuvent limiter le pouvoir discrétionnaire et ainsi éviter les abus. Lord Upjohn le résume parfaitement. Évoquant la possibilité qu'une loi contienne l'expression « pouvoir discrétionnaire illimité », il affirme que cela ne changerait rien au contrôle juridictionnel : le ministre « doit agir légalement et cela nécessite de regarder la loi, son étendue et son objectif lorsqu'elle confère un pouvoir discrétionnaire au ministre, plutôt que l'utilisation de certains adjectifs »[2489]. Pour le Lord, ce que le ministre peut faire de façon « illimitée » c'est agir de façon légale ; cela revient à définir ainsi sa compétence au sens large[2490]. Ce recours à l'interprétation a été exploité dans d'autres affaires.

2485. AUSTIN (R.C.), « Judicial Review of Subjective Discretion – At The Rubicon : Whither Now ? », *CLJ* 1975, pp. 150-175.

2486. *ibid*., p. 1030.

2487. Pour un résumé des problèmes que de telles formulations ont pu poser aux juges anglais, voir : GRIFFITH (J.A.G), STREET (H.), *Principles of Administrative Law*, 5e éd., Pitman Publishing, Londres, 1973, 331 pages, pp. 218-224 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 227-234.
Voir également : BREEN (E.), Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », *op. cit.*, pp. 1166-1167 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 357-365.

2488. Selon les mots de Lord Denning MR : *Breen v. Amalgamated Engineering Union* [1971] 2 QB 175, p. 190.

2489. *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] AC 997, p. 1060.
Voir également : *Secretary of State v. Tameside Metropolitan Borough Council* [1977] AC 1014, p. 1047 (Lord Wilberforce).
Pour un jugement similaire antérieur : *Commissioners of Customs and Excise v. Cure and Deeley Ltd* [1962] 1 QB 340, pp. 366-367 (Sachs J.).

2490. Pour le Lord : « je dois examiner les raisons données par le ministre […] sur lesquels il a pu se baser afin de déterminer s'il a agi illégalement et ainsi dépasser les véritables limites de son pouvoir discrétionnaire ou, comme il est souvent affirmé dans les affaires concernant les prerogative writs, excédé sa compétence. À moins qu'il ait fait cela, la cour n'a pas compétence pour intervenir » (pp. 1058-1059).

Notamment, l'une d'elles, particulièrement médiatique, portait sur les licences octroyées aux particuliers leur donnant droit de recevoir la télévision. Il s'agit de l'affaire *Congreve v. Home Office*[2491]. Le *Wireless Telegraphy Act* de 1949 prévoyait que la redevance devait être payée au moment de la délivrance ou du renouvellement de la licence. Le Gouvernement décide d'augmenter le prix à payer au 1er avril 1975. Certains titulaires d'une licence n'ayant pas encore expiré, dont le requérant, font une demande de renouvellement avant cette date afin de se voir appliquer le tarif encore en vigueur. Le Secrétaire d'État demande alors le paiement de la différence sous peine de révocation de la licence. C'est cette menace que le requérant attaque, en demande une déclaration d'illégalité. La section 1 (4) constituait le fondement du pouvoir discrétionnaire de révocation et ne comportait aucune limitation expresse. Pour autant, la Cour d'Appel va déclarer l'action du Secrétaire d'État illégale. Les termes utilisés par l'un des juges sont très clairs : « c'est une utilisation inappropriée d'un pouvoir discrétionnaire visant à menacer d'utiliser ce pouvoir afin d'opérer un prélèvement d'argent que le Parlement n'a pas autorisé l'exécutif à faire »[2492]. Le détournement de pouvoir est établi par les juges. Le Secrétaire d'État ne pouvait pas utiliser son pouvoir discrétionnaire dans un but purement financier sans autorisation législative.

L'affaire *Pergau Dam* constitue un autre exemple du pouvoir d'interprétation des juges dans ce domaine[2493]. Le Gouvernement britannique avait aidé financièrement la construction d'un barrage hydro-électrique en Malaisie. La section 1 (1) du *Overseas Development and Co-operation Act* 1980 prévoyait : « le Secrétaire d'État dispose du pouvoir, afin de promouvoir le développement ou le renforcement de l'économie d'un pays ou d'un territoire en dehors du Royaume-Uni, ou la protection de sa population, de fournir son aide à toute personne ou tout organe, qu'elle soit financière, technique ou d'une autre nature ». La Haute Cour va considérer qu'il lui appartient de décider si l'aide financière versée remplissait le but défini par la loi. Néanmoins, là encore, la loi donne peu de prise à ce contrôle. Le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique est formulé de façon très large et abstraite. Mais, en interprétant la volonté du Parlement, les juges vont faire ressortir que ce dernier ne pouvait avoir entendu conférer un tel pouvoir uniquement dans le but de promouvoir des projets viables. Rose J relève ainsi : « concernant l'absence du mot « viable » dans la section 1(1), il me semble que si le Parlement avait entendu donner la possibilité de distribuer de l'argent pour des objectifs de développement non viables, on pourrait attendre de lui qu'il le fasse expressément »[2494]. La recherche de l'intention du Parlement permet alors au juge de conclure que

2491. *Congreve v. Home Office* [1976] QB 629.
MARX (F.), « Le juge et l'exécutif en Grande-Bretagne », *RDP* 1977, pp. 1237-1252, notamment pp. 1237-1241.
2492. *Congreve v. Home Office* [1976] QB 629, p. 662 (par Geoffrey Lane LJ).
2493. *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. World Development Movement Ltd* [1995] 1 WLR 386.
2494. *ibid*., p. 402.

seuls les projets viables peuvent être financés par le Gouvernement. Tel n'était pas le cas ici, le projet étant trop coûteux au regard des capacités financières de la Malaisie. La décision est illégale[2495]. Dans une autre affaire, bien plus ancienne, la Chambre des Lords avait déjà pu interpréter la loi afin d'en faire ressortir une condition considérée comme implicite. La loi autorisait les autorités locales à payer leurs agents « comme il le pense juste »[2496]. L'une d'elles avait décidé de payer également hommes et femmes, et d'augmenter considérablement leurs salaires. Cette décision est déclarée illégale par la Chambre des Lords, en 1925, dans l'affaire *Roberts v. Hopwood*[2497]. Les juges considèrent que le salaire doit être raisonnable. Or, il est ici excessif, eu égard aux salaires pratiqués dans le secteur privé. En particulier, Lord Atkinson, précise que le Conseil devait octroyer une rémunération juste et raisonnable, au regard du travail effectué, et qu'il ne devait pas être « guidé par des principes excentriques de philanthropie socialiste, ou par une ambition féministe de promotion de l'égalité entre les sexes dans le domaine des salaires »[2498]. De tels objectifs à vocation sociale n'apparaissent pas, aux yeux du Lord, comme faisant partie des buts permis par la loi[2499]. La décision est constitutive d'un détournement de pouvoir. Les juges considèrent la position de l'autorité locale comme constitutive d'une pratique de « mauvaise foi », donnant une dimension morale au contrôle des juges[2500].

c. Le contrôle de la pertinence des éléments

Dans une veine similaire, les juges contrôlent les éléments pris en compte par une autorité publique dans l'élaboration de sa décision. C'est ce qui peut s'appeler un contrôle de la pertinence (*relevancy*)[2501]. Ces éléments peuvent ressortir expressément de la loi[2502]. Même s'ils sont absents du texte, les juges ne sont pas dépourvus de moyens. Ils peuvent interpréter la loi afin de faire ressortir les éléments pouvant être pris en compte par l'autorité, et ceux ne pouvant pas l'être. L'affaire *Padfield* en est un exemple. Le refus du ministre de saisir le comité d'enquête était avant tout

2495. *idem*. Cela ressortait notamment d'un rapport produit par le *Overseas Development Administration*.
2496. Section 62 du *Metropolis Management Act* 1855.
2497. *Roberts v. Hopwood* [1925] AC 578.
2498. *ibid*., 594.
2499. Dans le même sens, voir : *Bromley LBC v. Greater London Council* [1983] 1 AC 768.
2500. GREY (J.H.), « Discretion in Administrative Law », *Osgoode Hall Law Review*, 1979, 107-132, notamment pp. 114-115 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 266-269.
2501. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 567-570 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit*, pp. 536-537 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law. Text and Materials*, 5e éd., *op. cit*., pp. 246-260.
2502. WALLINGTON (P.), « Discretion and Duty : the Limits of Legality », voir p. 156 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; MANNING (J.), SALMON (S.) et BROWN (R.), *Judicial review proceedings, a practitioner's guide*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 170-176.

motivé par sa volonté d'éviter une controverse politique. Cet élément ne pouvait pas être pris en compte. On perçoit ici la grande porosité entre contrôle du but et contrôle de la pertinence, les deux étant intimement liés[2503]. Les propos de Lord Atkinson dans *Roberts v. Hopwood* sont également révélateurs. La prise compte d'un élément normalement exclu révèle en fait le véritable but de l'action.

Il est nécessaire, à la fois que l'autorité prenne en compte les éléments pertinents, et exclue ceux qui ne le sont pas, sous peine de rendre son action illégale[2504] ; en revanche, certains éléments peuvent être pris en compte ou être exclus discrétionnairement par l'autorité décisionnaire, sans influer directement sur la légalité de l'acte[2505]. Là encore, la classification dépend de la loi, et plus exactement de son interprétation : « si, lorsqu'une loi confère un pouvoir discrétionnaire, il est possible de trouver expressément ou par voie de conséquence des éléments que l'autorité doit prendre en compte en exerçant son pouvoir, alors en l'exerçant elle devrait les prendre en compte. De même, si la nature du domaine en cause et l'interprétation générale de la loi font clairement ressortir que certains éléments ne sont pas pertinents pour le sujet en question, l'autorité ne doit pas prendre en compte ces éléments collatéraux non pertinents »[2506]. Dans l'affaire *Padfield*, les considérations politiques sont exclues, car elles ne correspondent pas à ce que la loi requiert pour son exécution[2507]. Un parallèle avec l'affaire *Barel* est ici possible : le Conseil d'État a considéré que le secrétaire d'État ne pouvait écarter les candidats « en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques ». L'analogie est d'autant plus forte, et elle peut encore s'effectuer sur un autre point, nous le verrons, que sur cette question l'autorité administrative avait un large pouvoir discrétionnaire. Il était très semblable à celui du ministre dans *Padfield*. En effet, le secrétaire d'État devait, en conséquence des textes pertinents, « apprécier dans l'intérêt du service, si les candidats présentaient les garanties requises », et pouvait à ce titre « tenir compte de faits et manifestations contraires à la réserve que doivent observer ces candidats ». Ici, le contrôle des éléments pertinents revient en somme à un contrôle des motifs dans le cadre du recours pour excès de pouvoir.

Tel n'est pas toujours le cas. Dans l'affaire *National Association of Health Stores*, était en

2503. WALLINGTON (P.), *ibid*., p. 159 et pp. 164-165 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, p. 26 et pp. 284-285.
2504. Pour une affirmation claire en ce sens : *Hanks v. Minister of Housing and Local Government* [1963] 1 QB 999, p. 1020 (Megaw J).
Voir également : *R. (on the application of National Association of Health Stores) v. Department of Health* [2005] EWCA Civ 154 [63] (Sedley LJ).
2505. *R. (on the application of Hurst) v. London Northern District Coroner* [2007] UKHL 13, [57] (Lord Brown).
Voir : Lord Irvine of Lairg, « Judges and decision makers : the theory and practice of *Wednesbury* review », *PL* 1996, pp. 59-78, voir pp. 67-68 ; TAGGART (M.), « Reinventing Administrative Law », pp. 311-335, notamment p. 325 in *Public Law in a Multi – Layered Constitution*, sous la dir. de N. Bamforth et P. Leyland, Hart Publishing, Oxford, 2003.
2506. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, p. 228 (Lord Greene).
2507. Voir également : *R. v. Ealing LBC, ex p. Times Newspapers Ltd* (1986) 85 LGR 316.

cause une décision du ministre d'autoriser un médicament sur avis favorable de la Commission sur les Médicaments[2508]. Cette dernière avait précisé que l'un de ses membres s'y était opposé. Toutefois, elle n'avait pas mentionné que cette personne était un spécialiste de la question, ayant récemment mené une étude sur le médicament en cause. La Commission n'avait pas non plus transmis au ministre les conclusions négatives de cette étude. Toutefois, Sedley LJ considère l'absence de transmission de ces éléments comme ne viciant pas la décision du ministre. La Commission n'avait pas d'obligation de les communiquer. Ils apparaissaient superfétatoires compte tenu de tous ceux dont disposait déjà le ministre. Une telle décision serait plutôt rangée, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, dans l'étude du contrôle de la procédure.

Une question est particulièrement importante dans le cadre du contrôle de la *judicial review* : celle de l'inclusion de l'impact financier d'une décision dans les éléments pertinents. Elle fait l'objet de jurisprudences divergentes. Une autorité locale ayant l'obligation légale de fournir une aide matérielle pour les enfants handicapés ne pouvant suivre un cursus scolaire classique afin qu'ils aient une « éducation adaptée » ne peut pas s'appuyer sur des considérations de coûts pour évaluer les besoins de l'enfant[2509] ; en revanche, si l'autorité est dans l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour répondre aux « besoins » d'une personne handicapée, les coûts sont pertinents pour adapter l'aide délivrée[2510]. S'exprimant dans le cadre de la première hypothèse, Lord Browne-Wilkson relève deux éléments la distinguant de la seconde. D'une part, la loi en cause, l'*Education Act* de 1993, est plus précise concernant les nécessités d'une « éducation adaptée » puisqu'une liste est dressée. Elle fixe donc plutôt un devoir, là où l'autre loi détermine plutôt un objectif[2511]. D'autre part, cette même loi mentionne, à différents endroits, d'autres situations dans lesquelles les considérations de coûts sont pertinentes. Adoptant une démarche *a contrario*, le Lord relève qu'elles ne jouent pas pour ce qui est des besoins relatifs à une « éducation adaptée »[2512]. Dès lors, « il me semble inconcevable que le Parlement ait entendu que l'exécution de l'obligation contenue dans la loi de 1993 n'ait pas lieu si l'autorité en charge de l'éducation, au regard de son budget, considère

2508. *R (on the application of National Association of Health Stores) v. Department of Health* [2005] EWCA Civ 154. Voir : STEELE (I.), « Note on R (National Association of Health Stores) v Department of Health », *JR* 2005, pp. 232-236.
2509. *R. v. East Sussex CC, ex p. Tandy* [1998] AC 714.
2510. *R. v. Gloucestershire CC, ex p. Barry* [1997] AC 584.
Voir également, pour des jugements affirmant la possible prise en compte des coûts financiers comme élément pertinent : *R. v. Sefton MBC, ex p. Help the Aged* [1997] 4 All ER 532 ; *R. v. Norfolk CC, ex p. Thorpe* [1998] COD 208.
2511. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 290-291.
Pour des jugements similaires : *R. v. Birmingham CC, ex p. Mohammed* [1999] 1 WLR 33 ; *R. (on the application of G) v. Barnet LBC* [2003] UKHL 57 [13] (Lord Nicholls) ; *R. v. (on the application of Conville) v. Richmond upon the Thames LBC* [2006] EWCA Civ 718.
2512. *R. v. East Sussex CC, ex p. Tandy* [1998] AC 714, p. 719.

qu'elle n'a pas les ressources pour le respecter »[2513]. Toutefois, les considérations financières peuvent entrer en jeu dans deux cas, toujours selon le même Lord : dans le choix entre plusieurs mesures appropriées, l'autorité peut prendre en compte le coût de chaque possibilité ; de façon plus exceptionnelle, si la mesure est beaucoup trop chère au regard du budget global de l'autorité alors elle peut être exonérée de son obligation[2514]. Il semble que pour le Lord, à l'impossible nul n'est tenu.

Bien évidemment, l'interprétation de la loi peut conduire à des divergences entre les juges, concernant le sens à donner à un même texte[2515]. L'affaire *Corner House Research* en est un exemple topique[2516]. Le Directeur du Bureau d'Enquête sur les Fraudes avait lancé, en 2004, des investigations sur un possible cas de corruption d'une entreprise britannique. Était notamment en cause un contrat d'armement passé avec l'Arabie Saoudite. Au fil de la procédure, et des demandes de documents, des menaces explicites ont émané de l'Arabie Saoudite portant sur la remise en cause d'accords avec le Royaume-Uni. Bien que résistant à la pression dans un premier temps, le Directeur clôt l'enquête en 2006. Cette décision est attaquée. La Haute Cour considère que de telles menaces ne peuvent pas être prises en compte dans l'exécution de cette mission, confiée par la loi[2517]. La Chambre des Lords décide en sens inverse. Les Lords relèvent que la loi n'interdit pas que de tels éléments puissent affecter la décision du Directeur. En l'absence de telles dispositions, le Parlement ne peut être entendu comme en ayant exclu la prise en compte. La décision est légale[2518]. On s'aperçoit ici que la logique est quelque peu différente de *Padfield*. Dans cette dernière, la motivation politique, non exclue par la loi, ne pouvait pas être prise en compte par le ministre. La détermination des éléments pertinents pouvant ou non être pris en compte dépend, là encore, tant de la loi que du contexte de l'affaire. L'affaire *Corner House Research* impliquant le domaine des relations internationales, la politique y est nécessairement plus présente et influente.

L'enrichissement du cas d'ouverture correspondant à la « légalité » illustre parfaitement le

2513. *idem*.
2514. *ibid*., p. 720 (pour les deux limites).
La première a été rappelée récemment par Lady Hale : *R. (on the application of McDonald) v. Royal Borough of Kensington and Chelsea* [2011] UKSC 33, [41] ; *Health and Safety Executive v. Wolverhampton CC* [2012] UKSC 34, [24] – [25] (Lord Carnwath).
La seconde peut être illustrée à travers l'exemple de l'affaire *R. v. Cambridge Health Authority, ex p. B.* ([1995] 1 WLR 898) : Sir Thomas Bingham y expose clairement qu'un établissement médical peut refuser de soigner un patient au motif que le traitement serait trop coûteux au regard des chances de succès, notamment si cela le conduit à devoir refuser des soins à d'autres patients (p. 906).
2515. De même, les juges peuvent s'appuyer sur l'intention du Parlement pour déterminer l'importance à accorder à un élément pertinent : *R. v. Winchester CC, ex p. Ashton* (1992) 24 HLR 520, p. 527 (Purchas LJ).
2516. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 569-570.
2517. *R. (on the application of House Research) v. Director of the Serious Fraud Office* [2008] EWHC 714.
2518. *R. (on the application of House Research) v. Director of the Serious Fraud Office* [2008] UKHL 60. Notamment voir Lord Bingham [40].

raisonnement adopté par les juges anglais dans l'accroissement de leur contrôle sur l'activité administrative. Il s'agit, pour eux, de veiller plus précisément au respect du droit et d'éviter l'arbitraire administratif. Néanmoins, cette évolution ne se fait pas en rupture avec la loi. Les vices sanctionnés découlent du texte législatif ainsi que de l'intention du Parlement. Les juges restent, en cela, des agents de la volonté du législateur. Il ne faut toutefois pas exagérer ce rattachement. L'interprétation utilisée est très constructive et quelque peu fictive : les désaccords pouvant émerger entre les juges l'illustrent. Leur rôle n'est pas mécanique, mais essentiellement constructiviste, même s'il se veut légitimé par l'application du texte fondant le pouvoir de décision en cause.

B. Une conception lato sensu *de la légalité : les cas d'erreur procédurale et d'irrationalité*

Jusqu'à maintenant, notre étude a montré que la question posée aux juges portait avant tout sur le raisonnement suivi par l'autorité publique dans l'application de la loi. Mais, le contrôle par voie de *judicial review* s'étend au-delà. Les deux cas d'ouverture ici étudiés l'illustrent, à des degrés différents. D'une part, l'erreur procédurale permet de sanctionner des erreurs comparables aux vices de forme et de procédure en France. Elle joue donc en amont de la phase de raisonnement. Il s'agit pour le juge de s'assurer que l'autorité décisionnaire a bien respecté certaines règles de procédure. Toutefois, ces dernières, si elles peuvent découler de la loi, trouvent la plupart du temps leur origine directement dans la jurisprudence. Les cours n'ont pas hésité à développer des obligations calquées sur les procédures judiciaires. Sur ce terrain, elles se sentent particulièrement légitimes et expertes[2519]. Le contrôle des règles procédurales est une porte d'entrée vers le contrôle substantiel de l'acte (1.). D'autre part, l'irrationalité est un cas d'ouverture plus récent, mais aussi plus controversé. Sa définition est particulièrement difficile, tout comme la détermination de sa substance. Toutefois, pour ce qui nous intéresse ici, il permet aux juges de contrôle la décision en elle-même, c'est-à-dire le dispositif de l'acte. Il se situe en aval du contrôle de la légalité (2.).

1. L'erreur procédurale : le respect des principes de *natural justice*

Ce cas est le troisième mentionné par Lord Diplock. Son jugement fait ressortir la double nature de ces règles : « j'ai décrit ce troisième cas d' « erreur procédurale » plutôt que de

2519. Par exemple, Lord Steyn relevant qu'une erreur de fait existe dans une décision, préfère toutefois la censurer pour violation des règles procédurales. C'est le signe qu'un tel jugement apparaît plus légitime lorsqu'il est fondé sur ce cas d'ouverture : *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, ex p. A* [1999] 2 AC 330, p. 345.

manquement dans le respect des règles classiques de *natural justice* ou manquement dans le respect de l'équité procédurale envers la personne concernée par la décision. Cela permet de couvrir les cas dans lesquels la *judicial review* porte sur le manquement d'une autorité publique à observer les règles procédurales expressément prévues dans la loi lui conférant compétence, alors même que ce manquement ne conduit pas à une violation des règles de *natural justice* »[2520]. Les règles procédurales s'imposant à l'action administrative peuvent avoir deux sources distinctes. D'une part, elles peuvent ressortir de la loi elle-même. Dans ce cas, cela ne fait pas de difficulté particulière : le respect des règles découle de l'intention claire du Parlement et les juges y veillent[2521]. D'autre part, elles peuvent provenir de la *common law* : ce sont les règles dites de *natural justice*. Ce sont celles-ci qui nous intéressent le plus ici (a.), et en particulier le droit d'être entendu (b.). Toutefois, il ne faut pas opposer strictement ces deux sources. Lorsque la loi rend obligatoire une procédure, son respect est étudié par le biais des nécessités procédurales découlant de la *common law*. Dans ce cas, les deux éléments sont complémentaires[2522].

a. Origines et extension de l'application des règles de *natural justice*

Dans le cadre des procédures issues de la *common law*, le rôle des juges est double. En premier lieu, ce sont eux qui font ressortir le contenu de la *natural justice*. Ils en définissent ainsi la substance. Les premières affaires faisant émerger ces principes sont particulièrement anciennes puisqu'elles datent du XVIIe siècle[2523]. À ce moment, les juges ont recours au droit naturel pour justifier le développement de ces règles. Cela permettait alors de les protéger contre le droit positif[2524]. Le développement de la souveraineté du Parlement a rendu ce statut particulier

2520. *Council for Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, p. 411.
2521. Tel est le cas du *Public Sector Equality Duties* dont les juges ont rendu le respect obligatoire au stade de la procédure décisionnelle : HICKMAN (T.), « Too Hot, Too Cold or Just Right ? The Development of the Public Sector Equality Duties in Administrative Law », *PL* 2013, pp. 325-344.
Voir également : HAWKE (N.), *An Introduction to Administratif Law*, 2e éd., ESC Publishing Limited, Oxford, 1989, 260 pages, pp. 119-142 ; PARPWORTH (N.), *Constitutional and Administrative Law*, 7e éd., OUP, Oxford, 2012, 540 pages, pp. 298-300. Les auteurs parlent de « procedural ultra vires ».
2522.WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, pp. 362-365 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 366-367.
Voir également l'article rédigé par le juge Elias et Andrew Blake : « Procedural Rules and Consultation », pp. 233-260 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit*.
Pour une opinion judiciaire clairement en ce sens, voir : *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237, pp. 274-275 (Lord Diplock).
2523. *Bagg's Case* (1615) 11 Co. Rep. 93 : la remise en cause à un emploi nécessite une notification préalable de la décision et une audience.
2524. Par exemple, dans l'affaire *R. v. University of Cambridge, ex p. Bentley* ((1723) 1 Str 557), le juge Fortescue s'appuie sur la Bible pour fonder le droit d'un individu affecté par une décision à être entendu. Il considère que ce droit a été pour la première fois reconnu à Adam par Dieu, lors du bannissement du Jardin d'Eden. Repris dans l'affaire *Cooper v. Wandsworth Board of Works* ((1863) 14 CB (NS) 180, p. 195 (Byles J.).

impossible à maintenir. Les règles procédurales sont donc considérées comme appartenant à la *common law* et peuvent être remises en cause par la loi[2525]. En second lieu, le jugement constitue le modèle de base à partir duquel les règles procédurales seront élaborées[2526]. Les obligations pesant sur les juges seront ainsi étendues à l'action administrative. Il faut ici se rappeler que jusqu'au XIXe siècle, l'administration était en grande partie assurée par les juges locaux[2527]. Le modèle d'administration est aujourd'hui encore empreint de cet héritage. Le transfert vers des autorités administratives plus classiques a conduit à l'extension des règles de jugement, même en l'absence de disposition législative en ce sens[2528]. Toutefois, les juges limitent en principe leur respect aux cas des décisions individuelles. Les règles procédurales s'imposant lors de l'élaboration des actes à portée générale découlent de la loi[2529]. Les deux éléments relevés ici traduisent la grande légitimité du contrôle des juges en ce domaine. Les nécessités procédurales sont moulées sur leur propre office. Ils ont ainsi une connaissance technique particulière de ce qu'elles requièrent.

Toutefois, durant la première moitié du XXe siècle, le respect de ces règles était mal assuré par les juges. Le passage à un modèle d'administration plus classique a rendu leur application plus difficile. La distinction existant alors entre actes administratifs, actes judiciaires et actes quasi-judiciaires, empêchait une complète soumission de l'administration aux éléments de la *natural justice*. Les nombreux transferts de compétence qui ont été opérés par les lois au profit d'autorités administratives diverses ont conduit au transfert de nombreux pouvoirs différents. Soucieux de vouloir conserver leur contrôle intact sur les fonctions autrefois pourvues par les juges de paix, les juges anglais ont aussi développé la fiction selon laquelle les autorités administratives prennent des décisions judiciaires et quasi-judiciaires, et que leur contrôle ne porte que sur de telles décisions[2530].

Le Chef Justice Coke, dans l'affaire *Dr Bonham*, avait exprimé la possible remise en cause d'une loi contraire au « droit commun et à la raison ». Une loi du Parlement contraire à la justice naturelle, notamment à l'interdiction d'être juge de sa propre cause, devrait être déclarée nulle selon le juge (*Dr Bonham's case* (1610) 8 Co Rep 113, citation 118 a). Une telle affirmation a été remise en cause par l'affirmation de la souveraineté du Parlement : WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, p. 320 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 376-377.
Voir : HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, thèse, 2002, Dalloz, Paris, 739 pages, pp. 182-187.
2525. Sur cette question : MARSHALL (H.H.), *Natural Justice*, Sweet & Maxwell, Londres, 1959, 201 pages, pp. 6-15 ; DOWRICK (F.E.), *Justice according to the English Common Lawyers*, Butterworths, Londres, 1961, 251 pages, pp. 46-105 ; JACKSON (P.), *Natural Justice*, 2e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 1979, 223 pages, pp. 1-22.
2526. MARSHALL (H.H.), *Natural Justice*, *op. cit.*, pp. 6-60 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 335, p. 343 et pp. 379-380.
2527. Voir le I de l'introduction.
2528. *Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863) 14 CB (NS) 180 : l'autorité administrative en cause devait notifier sa volonté de procéder à la destruction d'une maison érigée en violation de la réglementation et entendre l'intéressé. Il ressort clairement du propos des juges que ces nécessités procédurales existent en vertu de la *common law*, ce qui permet de suppléer les silences de la loi (p. 194, par Byles J.) ; elles sont reconnues comme étant d'application universelle (p. 190, par Willes J.). Voir également : *Spackman v Plumstead Board of Works* (1885) 10 App Cas 229, p. 240 (Lord Selbourne).
Pour une réaffirmation plus récente : *Lloyd v. McMahon* [1987] AC 625, p. 702 (Lord Bridge) ; *Bank Mellat v. HM Treasury* [2013] UKSC 39, [35] (Lord Sumption).
2529. C'est le cas sur l'obligation de consultation : CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 449-454.
2530. Voir *supra* : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II, II, A, 2.

À la fin du XIXe siècle, Lord Wright a pu affirmer que « le writ de *certiorari* est applicable aux procédures judiciaires des cours, mais le conseil de comté n'est pas une cour, et ses procédures ne sont pas judiciaires », donc le *certiorari* n'est pas possible[2531].

Ce courant jurisprudentiel restrictif sera remis en cause. Depuis 1964, et l'affaire *Ridge v. Baldwin*, il est admis que la *judicial review* puisse porter, en principe, sur des « actes administratifs »[2532]. Lord Reid affirme que dès lors qu'un pouvoir affecte des droits, alors il doit être utilisé de façon « judiciaire » c'est-à-dire en respectant certaines règles formelles. La logique ancienne est inversée : l'obligation de respecter des formes juridictionnelles n'est plus une condition, mais une conséquence du contrôle des juges. Expliquant la portée de l'affaire *Ridge v. Baldwin,* rendue en 1964[2533], le Professeur Wade se réjouit de la précision apportée par Lord Reid dans cette affaire quant à la définition du pouvoir judiciaire. L'auteur, rejoignant ici le juge, affirme que « le seul fait que le pouvoir affecte les droits et les intérêts est ce qui en fait un pouvoir « judiciaire » »[2534]. De même, en 1928, dans l'affaire *Haynes-Smith*, le juge Salter exprime l'idée dominante en affirmant que « la personne ou l'organe qui est soumis à ces *writs* doit être un organe judiciaire en ce sens qu'il doit avoir le pouvoir de déterminer et de décider »[2535]. Il apparaît ainsi que la définition de la fonction juridictionnelle est faite en fonction de la nature du pouvoir en cause, et non de l'organe qui l'exerce. Une telle position permet de reconnaître à toute autorité disposant d'un pouvoir de cette nature l'exercice d'une fonction juridictionnelle[2536]. Plus important encore, dans le cas de l'Angleterre, cela va permettre aux juges d'imposer aux autorités administratives le respect de procédures et de règles de formes qui vont constituer la base du contrôle juridictionnel des actes de l'administration. Le renouveau du droit administratif et du contrôle juridictionnel est passé par sa remise en cause. Les juges ont pu étendre à tous les pans de l'action administrative ces règles procédurales. L'appel à la *natural justice* leur permet d'imposer le respect de deux exigences différentes : le droit d'audience/droit d'être entendu (*audi alteram partem*) et la règle de l'impartialité *(nemo judex in causa sua*)[2537].

2531. *Reg. v. London County Council: Re. The Empire Theatre* (1894)71 LTR 638, p. 640.
2532. *Ridge v. Baldwin* [1964] AC 40, notamment pp. 74-76.
2533. [1964] AC 40.
2534. WADE (H.W.R.), *Administrative Law*, 6e éd., *op. cit.*, p. 518.
2535. *R. v Legislative Committee of the Church Assembly, Ex p. Haynes-Smith* [1928] 1 KB 411, p. 419.
2536. Voir les développements de Lord Reid dans l'affaire *Ridge v. Baldwin*.
2537. MARSHALL (H.H.), *Natural Justice*, *op. cit.* ; JACKSON (P.), *Natural Justice*, 2e éd., *op. cit.* ; DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) et JOWELL (J.), « Les juges et le contrôle de l'administration en Grande-Bretagne », *op. cit.*, pp. 1063-1068 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 373-474 ; MASTERMAN (R.) et MURRAY (C.), *Exploring Constitutionnal and Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 537-553 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 335-431 ; ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 121-224 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 506-526.
Voir également : BELOFF (M.J.) et BELOFF (R.), « Natural Justice and Fairness : the Audi Alteram Partem Rule », pp. 261-352 et GOUDIE (J.), « Bias – Interest and Favour », pp. 353-381 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M.

Afin de centrer nos développements sur des éléments pouvant être comparables au droit français, nous nous intéresserons principalement au premier. Pour ce qui est du second, il provient de l'analogie historiquement faite par les juges entre procédure administrative et procédure contentieuse. Elle a rapport avec la théorie des apparences mises en exergue par Lord Hewart, dans la décision *McCarthy* : « […] une longue lignée jurisprudentielle démontre qu'il n'est pas seulement important mais qu'il est fondamental que la justice soit non seulement rendue, mais aussi qu'elle apparaisse manifestement et sans aucun doute comme étant rendue »[2538]. Les juges vont donc sanctionner « l'*impression* de partialité »[2539]. Plus l'autorité décisionnaire sera assimilée à un organe judiciaire, plus cette obligation sera forte. Par exemple, pour ce qui est des *tribunals*, dont la procédure est proche de celle des cours, la partialité apparente aux yeux du profane sera sanctionnée, même si elle n'est pas réelle ou avérée[2540].

En ce qui concerne les autorités publiques classiques, l'impartialité de leur décision est plus difficile à définir, étant avant tout des organes politiques. Les juges distinguent donc entre la « prédisposition » et la « prédétermination » ; la première est légale, car elle suppose la possibilité pour l'autorité de changer d'avis, ce qui n'est pas le cas de la seconde, qui constitue donc une illégalité[2541]. L'affaire *Darker Enterprises Ltd* en est un exemple très clair[2542]. Le propriétaire d'un sex shop voit sa demande de renouvellement d'exploitation refusée par une commission appartenant à l'autorité locale. Celle-ci était présidée par un conseiller s'opposant de longue date à ce type de magasins ; elle était aussi composée d'un autre conseiller possédant une société jouxtant le local du commerçant, et espérant que sa demande ne serait pas acceptée afin d'en faire l'acquisition pour étendre son activité. Pour ce qui est de la première personne, sa prise de position ne constitue pas une « prédétermination » mais uniquement une « prédisposition », n'entachant donc pas de partialité son vote ; en revanche, pour ce qui est du second membre, sa partialité est avérée aux yeux d'un

---

Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit*.

2538. *R. v. Sussex Justices, ex p. McCarthy* [1924] 1 KB 256, p. 259.

2539. ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law. Text and Materials*, 5e éd., *op. cit*. p. 320 (Ce sont les auteurs qui soulignent).

2540. *Porter v. Magill* [2002] 2 AC 357, [103] (Lord Hope of Craighead).
OLOWOFOYEKU (A.), « Bias and the informed observer : a call for return to Gough », *CLJ* 2009, pp. 388-409 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 411-431 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law. Text and Materials*, 5e éd., *op. cit*., pp. 335-341 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 511-513.

2541. *R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Kirkstall Valley Campaign Ltd* [1996] 3 All ER 304, p. 325 ; *R. (on the application of Condron) v. National Assembly for Wales* [2006] EWCA Civ 1573, [43] (Richards LJ) ; *R. (on the application of Persimmon Homes Ltd) v. Vale of Glamorgan Council* [2010] EWHC 535, [116] (Beatson J) ; *R. (on application of Nestwood Homes Developments) v. South Holland DC* [2014] EWHC 863, [85] (Sales J).
Cette nécessité a été reprise par la section 25 du *Localism Act* de 2011. Cette disposition ne semble pas avoir d'effet sur la jurisprudence. En ce sens, voir le jugement de Collins J dans *R. (on the application Island Farm Development Ltd) v. Bridgend County Borough Council* ([2006] EWHC 2189, notamment [30] – [31]).
Voir : MAURICI (J.), « The Modern Approach to Bias », *JR* 2007, pp. 251-260.

2542. *R. v. Chesterfield BC, ex p. Darker Enterprises Ltd* [1992] COD 466.

« observateur impartial » malgré le fait qu'il ait déclaré ses intérêts et n'ait pas pris part au vote.

Quant au droit d'être entendu, il permet aux destinataires d'une décision future de faire connaître leur point de vue lors de l'élaboration de la décision. Il constitue le pendant des principes des droits de la défense dans le cadre du recours pour excès de pouvoir[2543]. Mais, comme nous le verrons, les éléments en découlant vont plus loin. Les juges regroupent également sous cette dénomination, des obligations postérieures à l'édiction de l'acte. Il faut donc prendre la notion de « droit d'être entendu » au sens large.

b. Le droit d'être entendu : entre visions instrumentale et non instrumentale des règles procédurales

Avant d'en préciser le contenu (*β.*), il est intéressant de rappeler que, de par son histoire et sa nature essentiellement judiciaire, le droit anglais fait une place particulière aux procédures. Plusieurs éléments sont avancés en doctrine, mais aussi par les juges, pour justifier l'importance de ce droit (*α.*). Une place particulière sera faite à la question de l'obligation de motivation des actes, qui se trouve en plein développement au sein de la *common law* (*γ.*).

α. Les arguments en faveur du développement du droit d'être entendu : vision instrumentale et vision non-instrumentale des règles procédurales

Trois arguments sont utilisés en particulier pour légitimer le développement des règles de procédure s'appliquant à l'action administrative[2544].

D'une part, en permettant de présenter leurs observations, l'autorité décisionnaire recueille plus d'éléments. Sa décision finale sera alors plus éclairée. Elle aura connaissance des possibles problèmes soulevés et pourra s'y adapter. Le droit d'être entendu permet de rassembler le maximum d'éléments. Leur prise en compte effective et l'importance qui leur sera ensuite attribuée relèvent du

2543. LEFAS (A.), « Essai de comparaison entre le concept de « natural justice » en droit administratif anglo-saxon et les « principes généraux du droit » ainsi que les « règles générales de procédure » en droit administratif français », *RIDC* 1978, pp. 745-775.
ALLEN (C.K.), « Audi Alteram Partem in France », *PL* 1980, pp.288-302.
2544. Notamment : CRAIG (P.), *Administrative law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 337-338 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 506-508 ; GROVES (M.) et WEEKS (G.), « The Legitimacy of Expectations About Fairness : Can Process and Substance be Untangled ? », pp. 165-187, notamment 169-177 in *Public Law Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell et al., *op. cit*.
Voir également : WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 318-320 ; ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, p. 125.
Ces deux aspects ont été repris notamment par Lord Reed : *Osborn v. The Parole Board* [2013] UKSC 61, [67] – [68].

contrôle même de la pertinence, et du but. En somme, le droit d'être entendu permet de s'assurer du caractère quantitatif des éléments utilisés par l'autorité décisionnaire, là où le contrôle de pertinence s'intéresse plus au caractère qualitatif de la prise en compte, et le contrôle du but à la dimension adéquate de l'action. Cet ensemble d'éléments donne un intérêt qualifié d' « instrumental » à l'obligation d'être entendu.

D'autre part, ce droit peut aussi se justifier par le respect de la dignité de la personne, sous-tendue par l'idée de protection de son autonomie et de ses droits[2545]. Il est alors question de la dimension « non-instrumentale » de l'obligation. Cela permet de donner de la considération à l'individu affecté par la décision. Ainsi écouté, il sera plus à même d'en accepter le dispositif[2546].

Enfin, il découle de cet aspect qu'étant mieux informé, l'individu pourra plus efficacement utilisé son droit au recours[2547], et ce, à plusieurs titres. Tout d'abord, en ayant connaissance de la décision, et en suivant sa procédure d'adoption, il pourra être plus attentif aux délais une fois celle-ci adoptée. Ensuite, en étant mieux informé de son contenu, de ses motifs, de ses justifications et de la façon dont elle a été prise, le futur requérant pourra mieux utiliser son droit au recours. Les arguments qu'il utilisera dans sa requête seront plus précis et de meilleure qualité. En améliorant la procédure de décision administrative, c'est indirectement la justice qui peut être plus, et mieux, rendue.

Cette triple justification apparaît plus riche qu'en France. Le principe général du respect des droits de la défense est avant tout conçu comme un moyen de protection de l'individu, *via* son information et sa participation à la prise de décision[2548]. Elle est également mise en lien, dans certains cas, avec l'exercice du contrôle juridictionnel. Toutefois, la dimension instrumentale du principe du contradictoire n'y est pas assez prise en compte. Or, sur ce sujet, ce qui est vrai en Angleterre l'est aussi en France : en impliquant plus fortement l'individu dans la procédure d'élaboration de l'acte, l'administration est mieux éclairée sur la réalité de la situation de celui-ci et sur la pertinence de ces arguments. Que cela modifie ou non son dispositif, la décision reposera sur des éléments plus nombreux et solides. La motivation de la décision pourra alors être également plus riche et pertinente. La qualité de l'action administrative en est améliorée[2549]. Cet argument

2545. CRAIG (P.), *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Clarendon Press, Oxford, 1990, 440 pages ; WALDRON (J.), « How Law Protects Dignity », *CLJ* 2012, pp. 200-222.
2546. Voir aussi sur ces deux éléments, le jugement de Lord Mustill : *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Doody* [1994] 1 AC 531, p. 551.
2547. Lord Steyn a qualifié ce droit de « principe constitutionnel et fondamental » : *R. (on the application of Anufrijeva) v. Secretary of State for the Home Department* [2003] 1 AC 604, [26].
2548. Cela est vrai pour les règles de forme et de procédure en général. Lorsqu'elles sont étudiées c'est avant tout par le prisme de leur dimension non-instrumentale, protectrice des individus : LACHAUME (J.-F.), « Le formalisme », pp. 133-146 in *Questions pour le droit administratif*, *AJDA* num spéc., 20 juin 1995.
2549. Voir en ce sens : SEILLER (B.), « *Acte administratif (Régime) »*, *Répertoire du Contentieux Administratif*,

constitue un élément de plus en faveur d'un développement des procédures contradictoires dans l'élaboration des actes administratifs ; il joue également en faveur d'un développement accru de l'obligation de motivation, phénomène qui, nous le verrons, est également identifiable en Angleterre[2550]. En étendant ces contraintes, le juge de l'excès de pouvoir pourrait permettre une amélioration de la qualité de l'action administrative, et une plus grande satisfaction des attentes des citoyens.

β. Le contenu du droit d'être entendu

Plusieurs obligations peuvent découler de ce droit d'être entendu[2551]. L'individu affecté par la décision doit recevoir une notification[2552]. Cela lui permet de contester légalement cette décision devant les cours. Il y a ainsi un lien clair fait entre la notification et le droit au recours[2553]. Mais, bien plus, l'autorité doit informer l'individu avant que la décision ne soit prise. Dans ce cas, la personne affectée doit pouvoir connaître les éléments principaux portés à la connaissance de l'autorité et qui seront pris en compte dans l'élaboration de la décision. Sans cela, le droit de faire voir son point de vue n'aurait pas de substance[2554]. Le destinataire de la décision peut se voir reconnaître la possibilité d'être entendu par l'autorité décisionnaire, en principe oralement[2555]. Il

Dalloz, Paris, pt. 144 à 173.

2550. Pour une critique de l'idée de généraliser l'obligation de motivation : GOYARD (C.), « Les idées de Charles de Eisenmann sur la théorie du contrôle des motifs », pp. 339-362, notamment pp. 347-348 in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit*.

La critique de l'auteur porte surtout sur l'inutilité d'une telle extension. Selon lui, les pouvoirs d'instruction du juge suffisent à pallier l'absence de motivation initiale de l'acte. De plus, cela conduirait l'administration à donner des motifs de « pure forme » et à prendre cette obligation comme une contrainte inutile dont il faut rapidement se débarrasser. Cette analyse nous paraît critiquable sur deux points. D'une part, si une obligation pèse sur l'administration, le risque qu'elle ne soit pas, ou mal, respectée n'est pas une raison pour l'abandonner. La mission du juge est de veiller justement à ce qu'elle s'y plie de façon satisfaisante. D'autre part, l'analyse de l'auteur paraît trop contentieuse et centrée sur l'office du juge. La motivation serait, en ce sens, uniquement profitable au contrôle juridictionnel. Or, la vision instrumentale et non instrumentale permet de dépasser cette vision. En donnant les motifs pertinents de son acte, l'administration s'assure et démontre qu'elle a rigoureusement étudié la question ; de plus, elle donne satisfaction à l'individu, prêt à mieux accepter ou mieux faire contrôler la décision par le juge.

2551. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, pp. 376-432 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative* Law, 11e éd., *op. cit.*, pp. 420-450 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 360-383.

2552. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 360-362.

2553. *In re D (Minors) (Adoption Reports : Confidentiality)* [1996] AC 593, pp. 603-604 (Lord Mustill) ; *R. (on the application of Anufrijeva) v. Secretary of State for the Home Department* [2003] 1 AC 604 [26] – [28] (Lord Steyn).

2554. *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, ex p. Jones* [1962] 2 QB 677 (rapport reçu par l'organe décisionnaire, mais non transmis aux parties) ; *R. v. Assistant Commissioner of Police of the Metropolis, ex p. Howell* [1986] RTR 52 (non communication du rapport médical négatif à un individu s'étant vu refuser le renouvellement de sa licence d'exploitation d'un taxi) ; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Doody* [1993] 1 AC 531, p. 562 (Lord Mustill).

TOUBE (D.), « Requiring Reasons at Common Law », *JR* 1997, pp. 68-74, voir p. 70.

2555. *R. v. Immigration Tribunal, ex p. Mehmet* [1977] 1 WLR 795 ; *R. (on the application of Smith) v. Parole Board* [2005] 1 All ER 755.

Cela peut passer par des échanges écrits, lorsque l'audience orale ne paraît pas justifiée : *Lloyd v. McMahon* [1987] AC 625 ; *R (on the application of Morgan Grenfell & Co Ltd) v. Special Commissioner of Income Tax* [2001] EWCA Civ

pourra alors présenter des éléments afin de soutenir sa position et se défendre lors d'une procédure disciplinaire par exemple[2556]. Notamment, il peut être autorisé à présenter des témoins[2557]. Cela peut également impliquer la possibilité de se faire représenter par un avocat[2558]. La procédure orale est privilégiée, car elle est considérée comme permettant le mieux, à l'individu, de se défendre face à l'autorité, surtout lorsque les faits sont difficiles à établir ; elle est donc particulièrement recommandée quand la décision affecte gravement un droit important[2559]. Toutefois, la procédure écrite n'est pas inenvisageable. Elle ne peut être utilisée par l'autorité décisionnaire notamment si l'adoption de la décision ne pose pas de problème quant à l'établissement de la situation factuelle[2560]. De manière générale, les nécessités procédurales provenant de la *common law* sont empreintes de casuistiques, et dépendantes largement du contexte de l'affaire[2561]. De l'aveu même d'un juge, elles « ne sont pas gravées dans le marbre »[2562]. À ce titre, la nature de la décision est centrale, comme nous venons de le rappeler.

γ. La question de la motivation des actes

Il n'y a pas, en *common law*, d'obligation générale de motivation des décisions[2563]. Pour autant, de façon casuistique et indirecte, les juges ont pu imposer à l'autorité de communiquer les éléments l'ayant conduit à adopter telle ou telle position[2564]. Notamment, la motivation de la

329, [47] (Blackburn J) ; *R. (on the application of Ewing) v. Department for Constitutional Affairs* [2006] EWHC 504 [27] (Sullivan J).

2556. *R. v. Chief Constable of the North Wales Police, ex p. Evans* [1982] 1 WLR 1155 ; *Secretary of State for the Home Department v. AF (No. 3)* [2009] UKHL 28, [83] (Lord Hope) ; *R. (on the application of Shoesmith) v. Ofsted* [2011] EWCA Civ 642, [66] – [67] (Kay LJ).

2557. *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, ex p. St Germain (No.2)* [1979] 1 WLR 1401.

2558. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Tarrant* [1985] QB 251.

2559. *R. (on the application of Osborn) v. Parole Board* [2013] UKSC 61 : la Cour Suprême reconnaît l'existence d'une obligation découlant de la *common law* imposant à la commission statuant sur les demandes de liberté conditionnelle d'entendre oralement le prisonnier faisant une demande de libération ou de transfert. Cela lui permet tant d'améliorer la qualité de sa décision que de donner une chance à la personne intéressée de faire valoir sa cause et son point de vue. On peut ici identifier la dimension instrumentale et non instrumentale de l'obligation (voir notamment [2] et [80] – [96] (Lord Reed, rendant le jugement unanime de la Cour Suprême).
Voir également : *R. (on the application of West) v. Parole Board* [2005] UKHL 1, [31] (Lord Bingham).

2560. *Lloyd v. McMahon* [1987] AC 625 ; *Clayton v. Army Board of the Defence Council* [2014] EWHC 1651, [20] – [28] (Nicol J).
Voir : WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit*., pp. 436-437.

2561. Pour une affirmation claire en ce sens : *Russell v. Duke of Norfolk* [1949] 1 All ER 109, p. 118 (Tucker LJ) ; *R. v. Gaming Board for Great Britain, ex p. Benaim* [1970] 2 QB 417, p. 439 (Lord Denning).

2562. *Lloyd v. McMahon* [1987] AC 625, p. 702 (Lord Bridge).

2563. *R. v. Gaming Boardfor Great Britain, ex p. Benaim* [1970] 2 QB 417, p. 431 (Lord Denning MR) ; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Doody* [1994] 1 AC 531, p. 564 (Lord Mustill) ; *R. v. Higher Education Funding Council, ex p. Institute of Dental Surgery* [1994] 1 WLR 242 ; *R. (on the application of Hasan) v. Secretary of State for Trade and Industry* [2007] EWHC 2630 [20] (Collins J).

2564. RICHARDSON (G.), « The Duty to Give Reasons : Potential and Practice », *PL* 1986, pp. 437-469 ; TOUBE (D.), « Requiring Reasons at Common Law », *op. cit.* ; NEILL (P.), « The Duty to Give Reasons : The Openness of Decision-Making », pp. 161-184 in *The Golden Metwand and The Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; ELLIOTT (M.), « Has the common law duty to give

décision a pu être considérée comme une condition nécessaire au droit effectif de faire un recours devant un juge, en ce qu'elle permet à ce dernier d'exercer son contrôle[2565]. À cette fin, lorsqu'elle est obligatoire, elle doit donc aussi être suffisante. De plus, elle permet de s'assurer que l'autorité décisionnaire n'a pas pris la décision de façon arbitraire et sans se pencher véritablement sur la question. Elle conduit en cela à obliger l'administration à agir de façon transparente en énonçant les raisons qui l'ont poussé à aller dans un sens plutôt qu'un autre. Comme en France, elle constitue un complément très efficace, et peut on dire nécessaire, à la mise en place du contradictoire ; elle permet à l'individu de s'assurer que son point de vue a bien été pris en compte, ce qui lui permet de mieux comprendre et accepter la décision[2566]. Au soutien de l'obligation de motivation, on retrouve donc les trois éléments fondant le droit d'être entendu : l'exercice effectif du recours, et la dimension instrumentale et non-instrumentale.

Si aucune obligation générale de motivation n'existe dans la jurisprudence, les juges ont su mettre au point certaines techniques pour y pallier. Par exemple, l'affaire *Padfield* illustre la possibilité de présumer du caractère arbitraire d'une décision au regard de l'absence de motivation[2567]. Là encore, le lien est fait avec le droit au recours. Ce qui justifie l'approche des juges dans l'affaire *Padfield* c'est la possibilité d'exercer un véritable contrôle sur la décision. Le pouvoir du ministre était fortement discrétionnaire. Puisque le ministre n'avait produit aucun motif à son refus de saisir le comité, alors la *judicial review* se trouvait être rendue inefficace. Les juges ne pouvaient porter leur regard sur les éléments pertinents retenus ou non. Dès lors, dans *Padfield*, l'absence de motivation prend une signification. Il en est inféré une présomption : celle selon laquelle si le ministre n'a pas donné de motif c'est que ceux-ci sont contraires aux objectifs que la loi souhaitait réaliser en octroyant le pouvoir en cause. Cependant, la portée de l'affaire *Padfield* a été par la suite limitée. Dans l'affaire *Lonrho*, dont les faits sont très similaires, la Chambre des Lords a considéré que l'absence de motifs donnés par le ministre à son refus de saisir la Commission des fusions et acquisitions ne pouvait suffire à conclure au caractère déraisonnable de cette décision ; toutefois, si tous les autres éléments de l'affaire semblent démontrer que le ministre

---

reasons come of age yet ? », *PL* 2011, pp. 56-74.

2565. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Doody* [1994] 1 AC 531, pp. 564-565 (Lord Mustill).
Voir également : *R. v. Lancashire County Council, ex p. Huddleston* [1986] 2 All ER 941, p. 945 (Lord Donaldson MR) ; *R. v. Higher Education Funding Council, ex p. Institute of Dental Surgery* [1994] 1 WLR 242, p. 256 (Sedley J) ; *Oakley v. South Cambridgeshire District Council* [2017] EWCA Civ 71, [26] (Elias J).

2566. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit*., p. 369.
Lord Bingham a mis en évidence également ces éléments dans l'affaire *R. v. Ministry of Defence, ex p. Murray* ([1998] COD 134).

2567. *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] AC 997, pp. 1006-1007 (Lord Denning MR) ; pp. 1011-1012 (Diplock LJ) ; pp. 1032-1033 (Lord Reid) ; pp. 1061-1062 (Lord Upjohn).
WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, pp. 428-431.

aurait dû saisir la commission, alors l'absence de motifs ne peut être un obstacle à cette conclusion[2568].

Les affaires *Padfield* et *Lonrho* peuvent être sans peine rapprochées, là encore, de la décision *Barel*, du Conseil d'État : les suspicions pesant sur la décision de refus des candidats étaient fortes, et le refus du Secrétaire d'État de donner ses motifs, ont conduit les juges à incliner en faveur de cette conclusion ; de même, comme nous l'avons déjà noté, cet activisme juridictionnel s'exprime alors qu'est en cause un pouvoir fortement discrétionnaire. Par ces décisions, les juges refusent que leurs propres jugements soient rendus impossibles à cause de la mauvaise volonté de l'autorité décisionnaire. L'absence de motivation ne conduit pas à une présomption de culpabilité, mais n'est pas une barrière à une telle conclusion. Il n'en découle aucun devoir positif de motiver la décision. Néanmoins, son absence peut prendre une certaine signification, attribuée par les juges, au regard de la situation.

Mais, tout comme les juges français, les juges anglais imposent, au cas par cas, une obligation réelle de motivation[2569]. Cela peut ressortir, là encore, de la nécessité pour le juge d'avoir les informations nécessaires pour évaluer la légalité de l'acte. Dans ce cas, l'obligation devra être respectée une fois la permission de *judicial review* accordée[2570]. L'exercice du contrôle du juge est une raison importante, en France, pour développer la motivation des actes : l'affaire *Barel* démontre toute l'importance, pour les juges, de la connaître afin de mieux comprendre la logique adoptée par l'administration, et d'en évaluer la légalité. L'argument est aussi utilisé par le commissaire du Gouvernement Gentot dans ses conclusions sur l'affaire *Agence Maritime-Fret*[2571]. La motivation des actes administratifs constitue ainsi une porte d'entrée pour les juges, dans l'appréciation de l'administration et facilite leur contrôle. Il n'est dès lors pas étonnant que ces derniers développent une exigence de motivation.

De même, celle-ci peut ressortir de l'assimilation de l'autorité décisionnaire avec un organe juridictionnel. Dans l'affaire *Cunningham*, la Commission d'appel des agents publics avait octroyé une indemnité pour licenciement injuste plus faible que celle à laquelle avait droit l'individu par le biais des procédures normales. Or, le ministre avait promis que cet organe agirait comme l'autorité compétente pour ces mêmes affaires concernant les employés du privé. De plus, la composition du premier était semblable à celle de la seconde[2572]. Enfin, la loi l'avait soumise à une obligation de

2568. *R. v. Secretary of State for Trade and Industry, ex p. Lonrho plc* [1989] 1 WLR 525, pp. 539-5340 (Lord Keith).
2569. TOUBE (D.), *ibid.* ; ELLIOTT (M.), *ibid.* ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 372-375.
2570. *R. v. Lancashire County Council, ex p. Huddleston* [1986] 2 ALL ER 941, p. 945 (Lord Donaldson) ; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Doody* [1994] 1 AC 531, p. 565 (Lord Mustill).
2571. Voir *supra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, I, B.
2572. *R. v. Civil Service Appeal Board, ex p. Cunningham* [1991] 4 All ER 310, p. 822 (Lord Donaldson).

motivation. Il découle de tous ces éléments que l'organe en cause devait être assimilé également à un organe juridictionnel, sur lequel pesait une obligation de motivation[2573]. Celui-ci étant soumis, en vertu de la loi, à une obligation de motivation, la même s'applique à la Commission. Il y a donc, comme en France, une certaine analogie possible avec les organes juridicitionnels permettant aux juges d'étendre les règles procédurales s'appliquant à eux aux activités administratives. D'ailleurs, l'une des raisons parfois avancées pour l'expliquer provient du fait qu'en *common law*, pendant longtemps, les juges n'avaient pas à motiver leur décision ; il pouvait alors apparaître inconcevable qu'ils imposent à d'autres organes une procédure plus lourde que celle qu'ils suivaient eux-mêmes[2574]. Les cours l'admettent maintenant pour les jugements, renforçant la tendance à son développement sur les autorités publiques[2575].

Dans la plupart des cas, l'obligation de motivation est centrée sur l'importance de l'impact de la décision sur l'individu[2576]. Ainsi, le secrétaire d'État doit informer un prisonnier condamné à vie de la durée de la période minimale incompressible recommandée par l'autorité judiciaire[2577] ; la décision d'administrer un médicament à un patient contre son consentement doit être motivée[2578] ; tout comme celle refusant un logement à une personne sans-abri[2579] ; enfin, dans une affaire de refus de naturalisation, la Cour d'Appel a obligé le ministre à notifier la décision, et ainsi à fournir quelques éléments à l'individu, alors même que la loi prévoyait expressément qu'une telle décision n'avait pas à être motivée[2580] ; en revanche, la décision du Gouvernement de limiter les dépenses des autorités locales ne donne pas naissance à un tel droit au profit de ces dernières[2581]. D'un point de vue plus général, il apparaît évident que plus la décision affecte l'individu, plus la procédure imposée sera rigoureuse[2582]. Lord Reed a ainsi réaffirmé récemment : « la justice est intuitivement

2573. *ibid*., p. 826 (Lord Donaldson).
2574. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, p. 411.
2575. *idem*.
Voir également : CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 369-370.
2576. *R. v. Commission for Racial Equality, ex p. Hillingdon LBC* [1982] AC 779, p. 787 (Lord Diplock) ; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Doody* [1994] 1 AC 531, p. 263 (Sedley J) ; *R. (on the application of Hasan) v. Secretary of State for Trade and Industry* [2007] EWHC 2630 [20] (Collins J).
Voir : TOUBE (D.), « Requiring Reasons at Common Law », *op. cit.*, notamment pp. 72-74.
2577. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Doody* [1994] 1 AC 531.
2578. *R. (on the application of Wooder) v. Feggetter* [2002] EWCA Civ 554. Voir [24] (par Brooke LJ).
2579. *R. v. Islington LBC, ex p. Trail* [1994] 2 FCR 1261.
2580. *R. Secretary of State for the Home Department, ex p. Fayed* [1997] 1 All ER 228.
Voir : DAVIES (S.-J.), « Ex parte Fayed : A Casenote », *JR* 1997, pp. 17-21.
2581. *R. v. Environment Secretary, ex p. Hammersmith LBC* [1991] 1 AC 521, pp. 598-599 (Lord Bridge) : le Lord met en évidence qu'une telle décision n'affecte aucun droit, ni d'un citoyen ni d'un conseiller ; la décision est avant tout politique.
2582. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, p. 360 et p. 368 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 518-523.
Voir le jugement de Megarry J dans l'affaire *McInnes v. Onslow-Fane* ([1978] 1 WLR 1520, p. 1529) : le juge fait dépendre le niveau de protection procédurale de l'importance de l'intérêt du requérant. Si c'est un droit qui est affecté, alors il sera plus élevé que s'il s'agit d'une attente ou un intérêt. Pour un jugement similaire : *R. (on the application of Khatun) v. Newham London Borough Council* [2004] EWCA Civ 55, [31] (Laws LJ).
Ce point était déjà affirmé par Lord Reid dans l'affaire *Ridge v. Baldwin* ([1964] AC 40).

comprise comme nécessitant une procédure permettant de prendre particulièrement en compte les individus dont les droits sont significativement affectés »[2583]. La motivation n'échappe pas à cette règle, puisqu'elle permet à l'individu de comprendre une décision l'affectant[2584].

Quant à son contenu, la motivation, lorsqu'elle est nécessaire, doit remplir cet objectif de compréhension par l'individu[2585]. Ainsi, une simple lettre rappelant les dispositions de la loi ne suffit pas[2586]. De même, la décision du ministre de prendre une décision contraire aux conclusions d'une enquête publique ne peut pas être considérée comme suffisamment motivée si elle ne fait que renvoyer au rapport de l'enquêteur[2587]. Mais, l'obligation ne doit pas être excessive. Les juges ne demandent pas à ce que tous les détails soient fournis. Ainsi, le communiqué de presse du ministre contenant une motivation brève suffit alors que la décision en cause, autorisant des avions plus bruyants à utiliser l'aéroport d'Heatrow la nuit, avait été prise au terme d'une procédure longue et complexe[2588]. Là encore, le degré nécessaire de motivation dépend largement du contexte de l'affaire.

La tendance générale, en jurisprudence, est donc d'étendre cette obligation ; ce mouvement est soutenu par de nombreuses lois[2589]. La plus importante à ce titre est le *Tribunals and Inquiries Act* de 1958 : celle loi impose une obligation générale de motivation pour les décisions prises par

2583. *R. (on the application of Osborn) v. The Parole Board* [2013] UKSC 61, [68].
2584. *Oakley v. South Cambridgeshire District Council* [2017] EWCA Civ 71, [26] (Elias J).
2585. *R. (on the application of Bahrami) v. Immigration Appeal Tribunal* [2003] EWHC 1453, [8] (Maurice Kay J) ; *South Buckinghamshire District Council v. Porter (No.2)* [2004] UKHL 33 [36] (Lord Brown) ; *R (on the application of Willford) v. Financial Services Authority* [2013] EWCA Civ 677, [39] – [52] (Lord Justice Moore-Bick).
Lord Mustill a résumé cette idée en soulignant qu'il était nécessaire que l'autorité administrative communique « l'essentiel de l'affaire » : *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Doody* [1994] 1 AC 531, p. 560.
2586. *R. v. Birmingham City Council, ex p. B* [1999] ELR 305, p. 311 (Scott Baker J).
2587. *Oakley v. South Cambridgeshire District Council* [2017] EWCA Civ 71.
2588. *R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Richmond-upon-Thames LBC* (No. 4) [1996] 4 All ER 903.
2589. BELOFF (M.J.) et BELOFF (R.), « Natural Justice and Fairness : the Audi Alteram Partem Rule », voir pp. 325-329 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, pp. 410-432 ; PARPWORTH (N.), *Constitutional and Administrative Law*, 7e éd., *op. cit.*, pp. 309-312 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 440-443 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 369-376 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law. Text and Materials*, 5e éd., *op. cit*., pp. 415-437.
Les auteurs cités ici sont favorables à l'extension de l'obligation de motivation. Voir également : FORDHAM (M.), « Reasons : The Third Dimension », *JR* 1998, pp. 158-164 ; NEIL (P.) »The Duty to Give Reasons », pp. 161-184 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.*
Notons également que certains favorisent, de façon générale, un rapprochement plus fort entre la procédure judiciaire et les méthodes décisionnaires des ministères : THOMAS (R.) et TOMLINSON (J.), « Current issues in administrative justice : Examining administrative review, better initial decisions, and tribunal reform », 23 pages, rapport produit au nom du *Economic and Social Research Council Impact Acceleration Account*, disponible sur internet (https://drive.google.com/file/d/0B9hEf7Oxz59QR2toVWEwQkhVcEk/view).
Pour un exposé des avantages et des inconvénients de ce phénomène de rapprochement : JOWELL (J.), « The Legal Control of Administrative Discretion », *PL* 1973, pp. 178-220, notamment pp. 194-200 ; HARLOW et RAWLINGS, *Law and Administration*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 616-635.

les *tribunals*[2590]. Lorsque le Parlement fixe une procédure à respecter, la *common law* sera utilisée pour apporter des précisions concernant les obligations pesant sur l'autorité publique. Comme nous l'avons déjà mentionné, elle pourra aussi permettre d'imposer d'autres éléments au cas où la procédure fixée par la loi serait insuffisante. Le contexte législatif n'est donc pas sans influence sur les exigences de la *natural justice*. Toutefois, de leur propre mouvement, les juges reconnaissent de plus en plus facilement la nécessité de l'imposer, au cas par cas. La *common law* semble tendre inexorablement vers l'adoption d'une obligation générale de motivation des décisions administratives. Bien que le pas n'ait pas encore été franchi, les juges assouplissent de plus en plus les conditions donnant lieu à l'obligation de motivation : récemment, elle a pu être admise pour une décision n'affectant pas un droit alors que celle-ci n'était pas « aberrante », élément pourtant rendu nécessaire par la jurisprudence antérieure[2591].

Le contrôle de *common law* ne se limite toutefois pas aux procédures. L'appréciation du dispositif de la décision n'est pas inconnue. La *judicial review* est dotée d'un outil particulier à cette fin : l'irrationalité.

2. L'irrationalité : le test de l'affaire *Wednesbury*

Retournons une dernière fois aux propos de Lord Diplock dans l'affaire *GCHQ*. L'irrationalité constitue dans la liste du juge, le deuxième cas d'ouverture. Par ce terme, « je parle de ce qui peut être résumé comme étant le « Wednesbury unreasonableness » »[2592]. Cette expression, laissée en anglais, comporte deux éléments qu'il nous faut ici préciser avant de reprendre la citation du Lord. Le terme « Wednesbury » renvoie au jugement de la Cour d'Appel dans l'affaire

2590. La loi a été remplacée depuis par le *Tribunals and Inquiries Act* de 1992, notamment section 10 (1) pour ce qui est de l'obligation de motivation.

2591. L'affaire *Oakley*, ayant fait l'objet d'une décision de la Cour d'Appel, est un exemple récent de la volonté de certains juges de reconnaître une obligation générale de motivation découlant de la *common law*. Le juge Elias souligne la tendance de la *common law* à étendre cette obligation, au point qu'une formulation générale en est presque possible. Il refuse toutefois d'en arriver là et résout la question, en faveur des requérants, au regard des données d'espèce. Il s'agissait d'une décision d'urbanisme prise par une autorité locale, acceptant la demande d'autorisation de construction d'un stade dans un espace protégé, et ce, alors que l'inspecteur avait rendu un rapport contraire. Se référant uniquement à ce document, l'autorité locale compétente ne donne aucune raison pour s'en écarter. L'autorisation n'est, dès lors, pas assez motivée. Cela traduit l'assouplissement de la jurisprudence antérieure, découlant notamment des affaires *Doody* (*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Doody* [1994] 1 AC 531) et *Institute of Dental Surgery* (*R. v. Higher Education Funding Council, ex p. Institute of Dental Surgery* [1994] 1 WLR 242, notamment p. 263 par Sedley J) puisqu'aux termes de ces deux affaires, une décision doit être motivée si elle paraît aberrante. Or, la décision dans l'affaire *Oakley* n'est pas considérée comme « aberrante », démontrant l'extension casuistique de l'obligation de motivation (*Oakley v. South Cambridgeshire District Council* [2017] EWCA Civ 71, [19] ; [26] – [31] ; [55] – [61] (Elias J) ; [88] (Sales J)).
Voir également, pour une défense de la reconnaissance d'une telle obligation générale par la *common law* : ELLIOTT (M.), « Has the common law duty to give reasons come of age yet ? », *PL* 2011, pp. 56-74.

2592. *Council for Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, p. 410.

Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation, rendu en 1948[2593]. Celle-ci marque le point de départ de la jurisprudence moderne du contrôle de l'irrationalité[2594]. Wednesbury est une ville anglaise dont l'une des décisions était contestée en justice. Nous y reviendrons. Le terme « unreasonableness », quant à lui, correspond à ce qui est « déraisonnable ». En soi, l'expression « Wednesbury unreasonableness » n'est pas, à proprement parlée, traduisible en français. Elle renvoie au contrôle du caractère déraisonnable d'une décision tel qu'issu de l'affaire *Wednesbury*.

Lord Diplock continue ainsi sa présentation : « il s'applique à une décision tellement choquante de par son manque de logique ou de morale qu'aucune personne sensée ayant réfléchi à la question à trancher en serait arrivée à elle »[2595]. En parlant d' « irrationalité », le Lord ne cherche pas à changer la formulation de départ du contrôle[2596]. Le terme est utilisé en lieu et place de « déraisonnable ». Ici, nous utiliserons indistinctement l'un ou l'autre des termes. La formulation première du test, tel qu'il ressort de l'affaire *Wednesbury*, est identique. Il est le produit du jugement de Lord Greene : « […] il peut y avoir quelque chose de tellement absurde qu'aucune personne sensée n'aurait jamais imaginé que cela puisse relever des pouvoirs de l'autorité »[2597]. À l'appui de son propos, le juge prend l'exemple d'un autre jugement mentionnant une affaire dans laquelle avait été reconnue illégale la décision de renvoyer une professeure au motif qu'elle était rousse[2598].

Dans l'affaire *Wednesbury*, la ville avait autorisé un cinéma à ouvrir le dimanche[2599]. En vertu de ses pouvoirs, découlant de la section 1 du *Sunday Entertainments Act* de 1932, l'autorisant à attacher toutes conditions qu'elle pensait utiles, l'autorité locale a interdit l'accès au cinéma aux

2593. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.
2594. Pour une critique de l'importance donnée à cette affaire notamment en ce qu'elle ne fait que reprendre des principes déjà bien établis : SEDLEY (S.), « Governments, Constitutions, and Jugdes », pp. 35-43 notamment pp. 38-39 in *Administrative Law and Government Action*, sous la dir. de G. Richardson et H. Genn, *op. cit*.
2595. *Council for Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, p. 410.
2596. Pour une critique de l'usage de ce terme dans ce contexte : WALKER (P.), « What's wrong with irrationality ? », *PL* 1995, pp. 556-576 ; « Unreasonableness and Proportionality », pp. 169-232 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit*. ; ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 241-242.
2597. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, p. 229.
Une idée semblable avait déjà été formulée par Lord Russell of Killowen CJ dans l'affaire *Kruse v. Johnson* ([1898] 2 QB 91). L'affaire portait sur une condamnation subie par un individu ayant violé une réglementation locale interdisant de chanter à proximité d'habitation. Abordant le cas, le Lord fait du contrôle du caractère raisonnable de la réglementation un moyen de protection des individus contre les décisions discrétionnaire. Il précise ensuite son point de vue : « Mais déraisonnable dans quel sens ? Si, par exemple, les décisions sont partiales ou inégalitaires dans leur application à différentes catégories de personnes ; si elles sont manifestement injustes ; si elles soulignent une forme de mauvaise foi ; si elles impliquent une limitation tellement importante et sans fondement des droits de ceux y étant soumis qu'aucune justification ne peut être trouvée dans l'esprit des individus raisonnables, alors la cour peut dire « le Parlement n'a jamais souhaité autoriser de telles règles ; elles sont déraisonnables et ultra vires ». Mais, c'est en ce sens, et en ce sens seulement que je conçois la possibilité de résoudre la question du caractère déraisonnable » (pp. 99-100).
2598. Il s'agit du jugement de Warrington LJ dans l'affaire *Short v. Poole Corporation* [1926] Ch 66, pp. 90-91.
2599. Pour un compte rendu détaillé des faits, voir : TAGGART (M.), « Reinventing Administrative Law », pp. 311-335 notamment pp. 313-321 in *Public Law in a Multi – Layered Constitution*, sous la dir. de N. Bamforth et P. Leyland, *op. cit.*

enfants de moins de quinze, qu'ils soient ou non accompagnés d'un adulte. Le titulaire de la licence attaque alors cette condition au motif qu'elle est déraisonnable. Lord Greene conclut contre le requérant. Notamment, il affirme : « il est vrai de dire que, si la décision prise dans un domaine de compétence [de l'autorité] est tellement déraisonnable qu'aucune autorité raisonnable n'aurait jamais pu la prendre, alors les cours peuvent intervenir. C'est, je pense, plutôt juste ; mais afin de prouver qu'une décision est de cette nature il faut quelque chose de véritablement énorme, et dans cette affaire, les faits ne s'approchent pas du tout de cela »[2600]. Le parallèle entre ce jugement, et celui de Lord Diplock, est clair. Le second s'inscrit directement dans les pas du premier. D'une manière similaire, Lord Denning considère qu'une décision déraisonnable « est une décision tellement erronée qu'aucune personne raisonnable n'aurait raisonnablement pu la prendre »[2601]. En somme, c'est une décision « qui défie tout simplement la compréhension », selon Lord Woolf[2602] ; la décision doit être « tellement absurde que [le ministre] doit avoir perdu toute raison » pour être ainsi qualifiée[2603]. L'irrationalité apparaît comme étant un contrôle faible sur la substance de la décision (a.). Toutefois, les juristes anglais font un usage multiple de ce terme en rendant l'appréciation et la définition plus difficile (b.).

a. La fonction du contrôle de l'irrationalité : un contrôle faible de la substance de la décision

L'« irrationalité » comme mode de contrôle est un sujet d'intenses réflexions dans la doctrine anglaise[2604]. Plusieurs raisons sont à l'origine de cet intérêt. Nous en mentionnerons ici deux en

2600. *ibid*., p. 230.
2601. *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council* [1977] AC 1014, p. 1026 (Lord Denning MR).
2602. *R. v. North East Devon Health Authority, ex p. Coughlan* [2001] QB 213, [65].
Deux auteurs parlent de « quelque chose d'assez exceptionnel, proche de l'absurde » : ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 2e éd., OUP, Oxford, 2014, 850 pages p. 497 (L'expression n'apparaît plus dans l'édition suivante, les auteurs se limitant à dire que cela caractérise une situation « assez exceptionnelle » : *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, p. 539).
2603. *R. v. Secretary of State for Environment, ex p. Nottinghamshire County Council* [1986] AC 240, p. 247 (Lord Scarman) ; *R. v. Secretary of State for Environment, ex p. Hammersmith and Fulham LBC* [1991] 1 AC 521, p. 596 (Lord Bridge of Harwich).
2604. Il est impossible de citer toute la littérature afférente. Pour les principaux articles portant sur l'irrationalité et ses évolutions, voir : LESTER (A.) et JOWELL (J.), « Beyond Wednesbury : substantive principles of administrative law », *PL* 1987, pp. 368-382 ; WALKER (P.), « What's wrong with irrationality ? », *PL* 1995, pp. 556-576 ; « Unreasonableness and Proportionality », pp. 169-232 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; LAWS (J.), « Wednesbury », pp. 185-201 in *The Golden Metwand and The Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC*, sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; Lord Irvine of Lairg, « Judges and decision makers : the theory and practice of *Wednesbury* review », *PL* 1996, pp. 59-78 ; JOWELL (J.), « In the Shadow of *Wednesbury* » *JR* 1997, pp. 75-80 ; CRAIG (P.), « Unreasonableness and Proportionality in UK Law », pp. 85-106 in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, sous la dir. de E. Ellis, Hart Publishing, Oxford, 1999 ; « The Nature of Reasonableness Review », *Current Legal Problems*, 2013, pp. 131-167 ; « Judicial review and anxious scrutiny : foundations, evolution and application », *PL* 2015, pp. 60-78 ; ELLIOTT (M.), « The Human Rights Act 1998 and the standard of substantive review », *CLJ* 2001, pp. 301-336 ; TAGGART (M.), « Reinventing Administrative Law », pp. 311-335 in *Public Law in a Multi – Layered Constitution*,

particulier, liées fortement les unes aux autres.

D'une part, l'irrationalité est le seul cas d'ouverture portant sur la substance de la décision, entendue au sens du dispositif même de l'acte[2605]. Jusqu'à maintenant, les griefs étudiés portaient sur la procédure, au sens strict, ou sur les motifs et les buts de l'acte. L'irrationalité permet au juge d'apprécier, sur le fond, la décision. Ce qui est en jeu c'est ce qu'elle porte, non pas ce sur quoi elle repose, ou tente d'atteindre. Cette appréciation de la substance pose ainsi de nombreuses questions de légitimité, au premier rang desquelles se situe celle de la possible remise en cause de la fonction même de la *judicial review*. C'est pour cela que Lord Greene, en formulant son jugement, prend soin de rappeler que la cour n'a pas vocation à contrôler l'exactitude de la décision. Il réaffirme ainsi que, « […] dès lors que [les autorités] agissent, comme elles l'ont fait, à l'intérieur des quatre coins de leur compétence, cette cour, de mon point de vue, ne peut intervenir »[2606]. L'autonomisation du cas d'irrationalité porte un coup profond au principe voulant que les juges se limitent à contrôler le respect de la loi par l'autorité. Par son biais, une décision peut être reconnue « légale », au sens du premier cas de la nomenclature du Lord, mais être tout de même remise en cause du fait de son dispositif. Cela rend difficile le maintien de l'idée consistant à voir le juge comme ne sanctionnant uniquement que les décisions *ultra vires*[2607].

D'autre part, l'intensité du contrôle est en question. Elle est difficile à clairement déterminée. Plus exactement, à s'en tenir à ses termes, elle est très restrictive et peu intrusive. Cela est tout à fait normal puisque le but est de ne pas conduire les juges sur un terrain qui n'est en principe par le leur[2608]. La formulation du contrôle, telle qu'énoncée par Lord Greene et reprise par Lord Diplock,

---

sous la dir. de N. Bamforth et P. Leyland, *op. cit.* ; LE SUEUR (A.), « The Rise and Ruin of Unreasonableness ? », *JR* 2005, pp. 32-51 ; CLAYTON (R.) et GHALY (K.), « Shifting Standards of Review », *JR* 2007, pp. 210-218 ; THOMAS (D.), « How Irrational Does Irrational Have To Be ?: Wednesbury in Public Interest, Non-Human Rights Cases », *JR* 2008, pp. 258-266 ; DALY (P.), « *Wednesbury's* Reason and Structure », *PL* 2011, pp. 238-259 ; SALES (P.), « Rationality, proportionality and the development of the law », *LQR* 2013, pp. 223-241 ; WILLIAMS (R.), « Structuring substantive review », *PL* 2017, pp. 99-123.

De même, et de façon générale, il est possible de se référer à l'ouvrage collectif *The Scope and Intensity of Substantive Review. Traversing Taggart's Rainbow*, sous la dir. de H. Wilberg et M. Elliott, Hart Publishing, Oxford, 2015, 444 pages.

2605. LESTER (A.) et JOWELL (J.), *ibid.*, notamment pp. 369-371 : les auteurs considèrent comme étant également un contrôle de la substance, en plus de l'irrationalité, le contrôle de l'illégalité lorsqu'il porte sur les buts et sur la pertinence.

En revanche, en commençant leur propos sur le contrôle de *Wednesbury*, Mark Elliott et Robert Thomas précisent : « nous allons maintenant traiter de la *décision elle-même* » : ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, p. 539 (Ce sont les auteurs qui soulignent).

Dans le même sens : CANE (P.), *An Introduction to Administrative Law*, 3e éd., Clarendon Press, Oxford, 1996, 401 pages, pp. 208-210.

2606. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, p. 231.

2607. LESTER (A.) et JOWELL (J.), *ibid.* ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p.p. 638-639.

2608. D'ailleurs, il est intéressant de relever que Lord Diplock met définitivement un terme à la pratique s'étend développée dans à la suite de l'affaire *Wednesbury* et consistant à contrôler l'irrationalité au titre de l'erreur de droit. Selon les propres mots du juge, l'irrationalité « peut maintenant se tenir sur ses propres fondements comme un cas d'ouverture reconnu par lequel une décision peut être soumise à judicial review » : *Council for Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, p. 411.

est très imprécise. Plus spécifiquement, elle ne porte pas en elle-même de méthode d'appréhension de la substance de la décision. Il en découle des incertitudes sur ce que contient ce contrôle[2609]. Certains auteurs ont également relevé son caractère tautologique puisqu'il faut que la décision soit tellement déraisonnable qu'aucun homme raisonnable n'aurait pu la prendre[2610]. Toutefois, la jurisprudence tend de plus en plus à retenir une formulation moins restrictive : les cours s'en tiennent à sanctionner les décisions n'étant pas raisonnables[2611]. Le contrôle reste néanmoins limité. La pratique des juges reflète la nécessité de ne pas se substituer à l'autorité publique. Prenant conscience qu'ils font acte d'ingérence dans un domaine au sein duquel leur légitimité est des plus faible, ils s'accordent pour ne censurer que les vices les plus criants. Comme le précisait Lord Greene dans l'affaire *Wednesbury*, ce qui est déraisonnable « ce n'est pas ce que la cour considère comme déraisonnable », car « si c'est ce que la cour considère comme déraisonnable, alors elle pourrait avoir une vision différente de celle de l'autorité locale sur des questions d'intérêt public importantes »[2612]. Un simple désaccord entre l'autorité et la cour ne suffit pas ; il faut une décision choquante, absurde, impensable[2613]. Elle doit conduire le juge à se dire : « Mon Dieu, c'est certainement erroné »[2614]. La faiblesse du contrôle s'explique par la nécessité pour les juges de ne pas se substituer à l'administration. Ils ne vont alors sanctionner que les cas les plus graves, ceux pour lesquels un consensus peut facilement se former au-delà du cercle des juges, quant à l'erreur commise par l'autorité compétente.

Ces éléments alimentent les études et les réflexions sur l'irrationalité : il faut en rechercher le contenu et l'intensité, sans conduire les juges vers un contrôle des *merits* ou une usurpation des pouvoirs conférés par le Parlement à l'autorité contrôlée[2615].

2609. LESTER (A.) et JOWELL (J.), *ibid.* ; WALKER (P.), « What's wrong with irrationality ? », *op. cit* ; LAWS (J.), « Wednesbury », *op. cit*. in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.*

2610. LESTER (A.) et JOWELL (J.), *ibid.*, p. 372 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, pp. 551-552.

La critique sera reprise par Lord Cooke dans l'affaire *R. v. Chief Constable of Sussex, ex p. International Trader's Ferry Ltd* ([1999] 2 AC 418, p. 452).

Pour une réponse aux différentes critiques, voir : Lord Irvine of Lairg, « Judges and decision makers : the theory and practice of *Wednesbury* review », *op. cit.* ; DALY (P.), « Wednesbury's Reason and Structure », *PL* 2011, pp. 238-259.

2611. Voir notamment la critique faite par Lord Cooke à la formulation du test : *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Daly* [2001] 2 AC 532, p. 549. De même, voir le jugement de ce même Lord dans *R. v. Chief Constable of Sussex, ex p. International Trader's Ferry Ltd* ([1999] 2 AC 418, p. 452) dans lequel le test est considéré comme permettant de sanctionner les décisions prises par une autorité qui n'est pas raisonnable.

LE SUEUR (A.), « The Rise and Ruin of Unreasonableness ? », *JR* 2005, pp. 32-51.

2612. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, p. 230.

Ce point a été réaffirmé avec force notamment dans l'affaire *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* ([1991] 1 AC 696, pp. 757-758 (Lord Ackner) et pp. 765-766 (Lord Lowry)).

2613. ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, p. 240.

2614. Selon les mots de Lord Donaldson MR, reprenant l'expression d'un de ses collègues : *R. v. Devon County Council, ex p. George* [1989] AC 573, p. 583 (« my goodness, that is certainly wrong »).

2615. WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, p. 302 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 634-635.

b. Les différents sens attribués à l'irrationalité : la porosité des cas d'ouverture de *judicial review*

Pour ce qui nous intéresse ici, il est nécessaire de déterminer ce que signifie véritablement ce contrôle de l'irrationalité. Comme nous l'avons souligné, la lecture du jugement de Lord Greene apporte plus d'interrogations que de véritables réponses. C'est, qu'en effet, le mot « déraisonnable » est utilisé pour couvrir deux choses distinctes[2616]. En premier lieu, il regroupe les cas classiques d'illégalité, au sens du premier cas d'ouverture de Lord Diplock. Lord Greene considère que peuvent être déclarées «déraisonnables les décisions violant la loi, notamment lorsqu'elles ne respectent pas la pertinence des éléments devant être utilisés[2617]. En ce sens, le caractère déraisonnable n'apporte rien de plus. Il est seulement un qualificatif similaire à celui d'illégal. En second lieu, Lord Greene l'emploie dans le sens mentionné plus haut. C'est seulement ici que la substance, entendue au sens de dispositif de la décision, est contrôlée. L'acte est légal, au regard du premier cas d'ouverture, mais il est tellement arbitraire sur le fond qu'il est censuré par les juges[2618]. Dès lors, le deuxième cas d'ouverture dans la liste de Diplock renvoie seulement à l'un des sens du terme déraisonnable utilisé dans l'affaire *Wednesbury* : il s'agit bien des décisions tellement déraisonnables qu'aucune autorité raisonnable n'aurait pu les prendre.

Ces imprécisions terminologiques ne doivent toutefois pas, nous semble-t-il, être écartées d'un simple revers de main. Elles sont révélatrices de deux choses qu'il est très important de comprendre non seulement pour ce qui est du contrôle juridictionnel de la substance d'une décision, mais plus généralement du contrôle de *judicial review*. La première est que la pertinence des

2616. FLOGAÏTIS (S.), *Administrative Law et Droit Administratif*, thèse, *op. cit.*, pp. 196-198 ; LESTER (A.) et JOWELL (J.), « Beyond Wednesbury : substantive principles of administrative law », *op. cit.*, notamment pp. 369-371 ; GALLIGAN (D.J.), *Discretionary Powers : a legal study of official discretion*, *op. cit.*, pp. 320-324 ; BREEN (E.), « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », *op. cit.*, pp. 1170-1171 ; WALKER (P.), « Unreasonableness and Proportionality », voir pp. 177-180 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; CLAYTON (R.) et GHALY (K.), « Shifting Standards of Review », *JR* 2007, pp. 210-218, p. 211 ; THOMAS (D.), « How Irrational Does Irrational Have To Be ?: Wednesbury in Public Interest, Non-Human Rights Cases », *JR* 2008, pp. 258-266, p. 258 ; CRAIG (P.), « The Nature of Reasonableness Review », *op. cit.*, p. 5 ; *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 634-635.
Dans le *De Smith's Judicial Review*, il est clairement affirmé que le contrôle de l'irrationalité porte sur « la substance de la décision ou sa justification » : WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, p. 544 (Ce sont les auteurs qui soulignent). Voir également les différents cas couverts par le terme de décision « déraisonnable » : *ibid*., pp. 556-584.
2617. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, p. 229.
Par exemple : *R. v. Barnet LBC, ex p. Johnson* (1990) 89 LGR 581 (Les conditions d'une permission d'utiliser un terrain sont considérées comme ne pouvant relevées des pouvoirs octroyés par la loi et comme étant « déraisonnables », sans que les deux conclusions ne soient exclusives l'une de l'autre).
2618. Cette confusion originaire n'a pas été réglée par la suite. Bien au contraire, le terme de « déraisonnable » peut encore se trouvait apposé au cas du contrôle de la pertinence, voire des buts de l'acte. L'utilisation du mot « irrationalité » par Lord Diplock a vocation à apporter de la clarté ; il est avant tout utilisé pour décrire la seconde partie du test de Lord Greene.
WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 292-293, p. 303.

éléments retenus par l'autorité influe sur le caractère irrationnel d'une décision. Plus une décision reposera sur des motifs et des éléments solides, plus elle sera justifiée et pertinente. C'est bien ici l'inverse d'une décision prise par une personne déraisonnable. Comme le note Paul Craig, l'exemple donné par Lord Greene est révélateur[2619]. Ce qui est déraisonnable ce n'est pas de renvoyer une enseignante, mais de le faire parce qu'elle est rousse. La couleur des cheveux ne peut être considérée comme un élément pertinent d'appréciation des mérites professionnels d'une personne. Il y a, dès lors, une grande porosité entre contrôle de la substance et pertinence des éléments motivant la décision[2620]. La seconde chose que révèle la confusion terminologique entourant ce cas de contrôle est que l'expression « décision irrationnelle » peut être utilisée comme un degré de contrôle. Par exemple, nous avons vu que dans le silence de la loi, les juges peuvent définir les éléments pertinents devant être pris en compte et ceux ne devant pas l'être. Entre ces deux catégories se trouve une troisième comprenant ceux des éléments pouvant être pris en considération. Il est admis qu'une décision peut être qualifiée d'« irrationnelle » car l'autorité publique s'est appuyée sur des éléments dont la pertinence est douteuse[2621]. Cela signifie que pour cette catégorie intermédiaire, entre éléments imposés et éléments interdits, les juges ne vont pas censurer la prise en compte ou le refus de prise en compte seulement parce qu'ils ne sont pas d'accord avec le point de vue de l'autorité ; ils ne censureront cette dernière que si son attitude envers les éléments concernés caractérise une décision « irrationnelle »[2622].

Tel est le cas, par exemple, lorsque l'autorité exproprie un terrain dans le but de réaliser un projet alors qu'elle détenait déjà des parcelles plus appropriées[2623]. Ce dernier élément est pertinent et, en ne le prenant pas en compte, l'autorité a pris une décision « irrationnelle ». Ainsi utilisée en relation avec une des composantes d'un autre cas d'ouverture, elle traduit plutôt un degré de contrôle[2624]. L'« irrationalité » permet ainsi de censurer les erreurs les plus flagrantes et se rapporte

2619. CRAIG (P.), *Administrative Law*, *op. cit.*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 638-639.
D'une façon générale, l'auteur considère que le test de *Wednesbury* n'est pas complètement autonome du cas d'illégalité : CRAIG (P.), « The Nature of Reasonableness Review », *op. cit*.
2620. De façon connexe, si l'autorité publique ne motive pas sa décision et que les éléments l'entourant font peser une suspicion sur elle, les juges pourront conclure qu'elle est « irrationnelle ». Telle est la portée de l'affaire *Padfield*, étudiée plus haut.
Voir par exemple : *R. v. Civil Service Appeal Board, ex p. Cunningham* [1991] 4 All ER 310.
2621. Lord Irvine of Lairg, « Judges and decision makers : the theory and practice of *Wednesbury* review », *op. cit.*, pp. 67-69 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, p. 324 ; ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 280-282.
2622. *Re Findlay* [1985] AC 318, p. 334 (Lord Scarman) ; *Tesco Stores Ltd v. Secretary of State for the Environment* [1995] 1 WLR 759, p. 764 (Lord Keith) ; *R. (on the application of Khatun) v. Newham London Borough Council* [2004] EWCA Civ 55, [35] (Laws LJ).
2623. *Brown v. Secretary of State for the Environment* (1980) 40 P. & CR 285.
2624. Les juges peuvent également contrôler le caractère raisonnable de conclusions basées sur les faits matériels. Là encore, ce qui est censuré, c'est l'erreur grave commise par l'autorité. On est bien en présence d'un degré de contrôle : voir WALKER (P.), « Unreasonableness and Proportionality », voir pp. 190-192 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit*.
Une même conclusion s'impose lorsque les juges contrôlent l'importance relative accordée à chaque élément pertinent

plus à l'intensité du contrôle qu'à un cas d'ouverture à part entière ici.

Utilisée de façon autonome, l'irrationalité n'est facile ni à cerner ni à définir. Sa dimension abstraite est d'ailleurs sa plus grande qualité, et sa principale faiblesse. Elle permet aux juges, grâce à sa flexibilité, à l'adapter à différents contextes. Plus concrètement, il est mal aisé de donner un véritable contenu au contrôle de l'irrationalité. De par sa formulation, le contrôle semble faire appel aux valeurs morales, mais aussi à la logique[2625]. Or, de telles références ne peuvent permettre de structurer le contrôle. Elles ouvrent la porte à la subjectivité des juges[2626].

Le contrôle de l'irrationalité permet aux cours de définir un ensemble de décisions raisonnables, au sein desquelles l'autorité compétente sera libre de choisir la plus adaptée. La détermination est éminemment casuistique. Aucune précision particulière n'est apportée en jurisprudence sur une quelconque méthode d'identification des décisions viciées par ce motif. Les juges s'en tiennent à la formulation classique de Lord Greene et de Lord Diplock. Toutefois, ce qui apparaît notamment c'est que la « rationalité » d'une décision ne se décide pas au regard de la raison d'un observateur extérieur, mais par rapport aux connaissances, et à l'esprit, d'une autorité ayant les mêmes compétences que l'organe décisionnaire. Concrètement, lorsqu'une autorité de santé décide de ne pas financer un traitement au motif qu'il n'est pas « médicalement efficace », elle agit de façon déraisonnable dès lors que tous les éléments de preuve vont en sens inverse de sa conclusion, ce qui aurait conduit normalement un « médecin ordinaire » à admettre son efficacité[2627]. Le référentiel utilisé pour définir le raisonnable est donc bien un organe similaire à celui ayant agi.

---

de la décision. En principe, il revient à l'autorité décisionnaire d'accorder plus ou moins de poids à telle ou telle considération afin de déterminer la décision à prendre. Sur cette question, les juges n'ont aucune prise. Là encore, le terme reflète un degré de contrôle. Les juges n'interviennent qu'en cas d'erreur importante quant au poids accordé à un élément. Pour une affirmation claire en ce sens : *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Daly* [2001] 2 AC 532, p. 547 (Lord Steyn).

Néanmoins, lorsqu'elle donne trop d'importance, ou pas assez, à une donnée pertinente, les cours s'autorisent à censurer la décision si elle en devient « irrationnelle » : *Tesco Stores Ltd v. Secretary of State for the Environment* [1995] 1 WLR 759, p. 764 (Lord Keith) ; *R. v. Home Secretary, ex p. Benson* [1989] COD 329 ; *R. (on the application of Khatun) v. Newham London Borough Council* [2004] EWCA Civ 55, [35] (Laws LJ) ; *R. (on the application of Mount Cook Land Ltd) v. Westminster CC* [2003] EWCA Civ 1346, [33] (Auld LJ) ; *R. (on the application of Kenya) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] EWCA Civ 1094, [63] – [66].

Voir : WALKER (P.), *ibid.*, p. 193 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, p. 557-559 ; CRAIG (P.), « The Nature of Reasonableness Review », *op. cit*. ; ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit*., pp. 282-285.

2625. WALKER (P.), « What's wrong with irrationality ? », *PL* 1995, pp. 556-576 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, p. 553.

2626. LESTER (A.) et JOWELL (J.), « Beyond Wednesbury : substantive principles of administrative law », *op. cit*. : Les auteurs ont ainsi tenté de faire émerger des principes substantiels, structurant l'irrationalité et dont l'existence ne dépendrait pas des juges. Il s'agit, par exemple, du principe de la liberté d'expression ou du principe d'indemnisation à la suite d'une expropriation. Le contrôle devrait alors s'articuler autour d'eux. Toutefois, cela reste à l'état de proposition et ne reflète pas l'état de la jurisprudence au moment où l'article a été rédigé.

2627. *R. (on the application of SB) v. NHS England* [2017] EWHC 2000, notamment [56], [59] et [65] (Andrews J).

Quelques exemples de décisions considérées comme irrationnelles peuvent être donnés afin d'en illustrer le fonctionnement[2628]. La décision d'un Conseil local d'augmenter le loyer d'un de ses logements inoccupés en le passant de huit livres à dix-huit mille livres afin d'éviter d'avoir à augmenter le loyer de façon générale du fait de la loi est contraire au test de l'affaire *Wednesbury*[2629]. Est également considérée comme irrationnelle la lettre du Directeur des Services Sociaux d'une autorité locale informant les tuteurs *ad litem*, en charge des intérêts d'enfants devant la justice, qu'ils ne doivent pas passer plus de soixante-cinq heures par dossier, et que tout dépassement non autorisé expressément ne leur sera pas payé[2630]. La lenteur dans le traitement d'un dossier à fin d'indemnisation des préjudices subis par un enfant est considérée comme irrationnelle[2631]. De même, agit de façon irrationnelle une autorité locale prévoyant comme condition à l'octroi d'un permis de construire que son titulaire devra construire une bretelle d'accès publique à une route, à ses frais[2632]. Enfin, récemment, la décision d'une autorité locale de fermer un centre d'assistance pour les personnes handicapées a été déclarée irrationnelle au motif qu'elle a été prise sans considération des possibilités alternatives laissées ouvertes aux bénéficiaires[2633].

Tout comme l'erreur procédurale, l'« irrationalité » ne peut pas être directement rattachée à la loi. Il n'est donc pas possible de soutenir que, par la *judicial review*, les juges veillent uniquement au respect des prescriptions législatives. Cette conclusion est d'autant plus évidente pour ce qui est de l'irrationalité que sa dualité démontre bien qu'elle ne peut être rattachée que partiellement au contrôle de l'illégalité. En tant que label, elle peut entrer dans le moule de l'*ultra vires*. Comme cas autonome, cela paraît impossible. Les obligations pesant sur les autorités administratives ne découlent donc pas toutes de la loi. Bien au contraire, la jurisprudence a forgé de nombreux outils, dont elle adapte l'utilisation afin de mieux soumettre l'administration au droit.

La diversification et l'enrichissement des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* traduisent cette volonté des juges d'entrer plus profondément dans le contrôle de l'administration. La jurisprudence est au cœur de ces développements. À cela s'ajoute un autre

2628. Voir : WALKER (P.), « Unreasonableness and Proportionality », pp. 185-214 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; LE SUEUR (A.), « The Rise and Ruin of Unreasonableness ? », *JR* 2005, pp. 32-51 voir pp. 44-51.
2629. *Backhouse v. Lambeth London Borough Council* (1972) 116 SJ 802.
2630. *R. v. Cornwall County Council, ex p. Cornwall and Isles of Scilly Guardians Ad Litem and Reporting Panel* [1992] 1 WLR 427.
2631. *R. (on the application of M) v. Criminal Injuries Compensation Authority* [2002] EWHC 2646.
Voir à propos d'une sentence pénale dont l'étude a trop tardé : *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Doody* [1994] 1 AC 531.
2632. *Hall & Co. Ltd v. Shoreham-by-Sea Urban DC* [1964] 1 WLR 240.
D'une façon générale, cette conclusion vaut dès lors que l'autorité publique essaie de faire peser ses obligations législatives sur un tiers : MANNING (J.), SALMON (S.) et BROWN (R.), *Judicial review proceedings, a practitioner's guide*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 191-192.
2633. *R. (on the application of B.) v Worcestershire County Council* [2009] EWHC 2915.

mouvement, complémentaire de celui-ci : l'extension du champ des recours.

Section II. L'extension du champ des recours : les différents aspects de l'activité administrative soumis au juge

Un dernier élément reflète encore l'accroissement du rôle des juges : il s'agit de l'extension du champ des recours. Là encore, le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* suivent un chemin relativement similaire. La nécessité de mieux assurer le respect des normes devait passer par une surveillance quantitativement accrue de l'activité administrative. Complémentaire des autres évolutions déjà mises en lumière, il en constitue également le point d'orgue en faisant entrer le juge dans des lieux encore inexplorés.

Partant, il n'est pas étonnant de constater que même les actes dont la portée est la plus significative font l'objet d'une plus grande attention de la part des juges. Mais, de même, et à l'autre bout du spectre, la diversification des actions étatiques conduit les autorités publiques à user de moyens moins contraignants, et *a priori* plus inoffensifs pour les individus. Toutefois, ces nouveaux outils d'administration n'échappent pas non plus au juge, qu'il soit anglais ou français.

Ce mouvement jurisprudentiel commun n'est pourtant pas identique. Nous le verrons, notamment à travers la comparaison entre les actes de gouvernement et la prérogative royale, que les méthodes peuvent quelque peu différer. Plus pragmatique, le juge anglais (II.) semble même prêt à aller plus loin que son homologue français (I.). D'un point de vue plus général, une différence de temporalité peut aussi être mise en exergue. L'extension progressive du champ de la *judicial review* est une œuvre bien plus récente que celle de l'excès de pouvoir. Cela encore démontre les difficultés qu'ont pu connaître les juges anglais dans leur contrôle de l'action administrative et qui, petit à petit, s'évaporent.

I. L'extension de la catégorie des actes attaquables par la voie du recours pour excès de pouvoir

La détermination du champ du recours pour excès de pouvoir n'est pas une chose aisée. Conditionnée par la notion d' « acte faisant grief », elle est largement dépendante du sens attribué à cette notion[2634]. Traditionnellement, elle est apposée aux actes administratifs « susceptibles de

2634. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. I, *op. cit.*, pp. 774-797 ; AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, t. II, 3e éd., *op. cit.*, pp. 165-195 ; SEILLER (B), *Droit administratif*, 6e éd., t. II, *op. cit.*, pp. 136-139 ; FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, 10e éd., *op. cit.*, p. 515.

produire des effets juridiques »[2635]. Son assouplissement a permis d'étendre le domaine du recours pour excès de pouvoir. La tendance est nettement à une augmentation des actes pouvant être attaquée par son biais. Il n'est pas ici question de revenir sur tout ce mouvement. Toutefois, il est intéressant de mettre en lumière la dernière grande évolution qu'a connue la jurisprudence en ce domaine : la possibilité de contester certains actes dits de « droit souple ». En plus d'être récente, elle permet de réaffirmer et rappeler la mission principale du juge de l'excès de pouvoir : la soumission de l'administration au droit. Elle illustre également que le juge n'est pas nécessairement attaché de façon irrémédiable à des notions pourtant bien ancrées dans sa jurisprudence puisque, par nature, ces actes ne font pas griefs (B.).

Cette illustration récente et soudaine, en ce qu'elle provoque une rupture, doit être complétée par une autre, traduisant la trame ancienne dans laquelle s'inscrit le recours pour excès de pouvoir. La diminution des actes de gouvernement, catégorie définie par la particularité de son régime contentieux, démontre que les velléités d'extension du recours pour excès de pouvoir sont anciennes. Ce, d'autant plus, qu'elles portent ici sur des actes se situant à la jonction avec le domaine constitutionnel et les relations internationales ; ils constituent ainsi les opposés des actes de droit souple, dont la portée politique est très faible. Enfin, là où le contrôle des actes de droit souple crée une rupture, l'extension du recours pour excès de pouvoir sur les actes de gouvernement se fait progressivement, par touches successives, laissant à l'observateur une vision impressionniste et casuistique de la méthode du Conseil d'État (A.).

A. La diminution progressive des actes de gouvernement

Cette catégorie particulière d'acte est apparue dès le XIXe siècle. Dans un premier temps, il s'agissait pour le Conseil d'État de ne pas contrôler les actes pris pour des motifs politiques[2636]. Dans un second temps, par l'arrêt *Prince Napoléon*, le juge a abandonné ce critère, au profit d'une méthode d'identification plus casuistique[2637]. Plus précisément, le juge n'a pas remplacé le critère du

2635. DE LAUBADERE (A.) et GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 478.
2636. CE, 9 mai 1867, *Duc d'Aumale*, rec. 472 : concernant la saisie d'un ouvrage.
2637. CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, rec. 155, concl. David ; GAJA 21e éd., n°3.
BREMOND (J.-X.), « Des actes de gouvernement », *RDP* 1896, pp. 23-75 ; CHAPUS (R.), « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *Dalloz* 1958, chron., pp. 5-10 ; SERRAND (P.), *L'acte de gouvernement (Contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État)*, thèse, dactyl., 1996, 772 pages ; VENEZIA (J.-C.), « Eloge de l'acte de gouvernement », pp. 723-731 in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002 ; FAVOREU (L.), « Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement », pp. 607-616 in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003 ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, thèse, *op. cit.*, pp. 172-204 ; MELLERAY (F.), « En a-t-on fini avec la « théorie » des actes de gouvernement », pp. 1317-1327 in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007.

motif politique par un autre élément clair de distinction de ces actes. C'est donc à une énumération que procède la doctrine lorsqu'elle traite de cette question (1.). La liste de ces actes est en progressive diminution sous les assauts de la jurisprudence (2.).

1. L'incompétence du juge administratif pour connaître des actes de gouvernement

Traditionnellement, deux types d'acte de gouvernement sont identifiés. D'une part, certains portent sur des relations institutionnelles internes[2638]. Tel est le cas des décrets de convocation du Parlement, ou mettant fin aux sessions parlementaires[2639], du refus d'un ministre de proposer au Parlement la création d'un poste[2640], de la nomination d'un membre du Conseil constitutionnel par le président de la République[2641] ou encore le refus de déférer une loi au Conseil constitutionnel avant sa promulgation[2642]. En revanche, si le Conseil d'État refuse de contrôler l'exercice du droit de grâce par le président de la République c'est au motif qu'il s'agit d'un acte relevant du domaine judiciaire[2643]. La dimension des rapports concernés est donc large. Elle ne concerne pas uniquement les relations entre l'exécutif et le Parlement, mais entre pouvoirs constitutionnels. D'autre part, les actes de gouvernement peuvent être identifiés dans le cadre des relations internationales. Il en va ainsi de l'autorisation conférer à des États étrangers de faire survoler l'espace aérien français par leurs avions militaires ou encore la décision de brouiller les émissions provenant de l'étranger[2644]. De même, le Conseil d'État ne peut connaître d'un acte exécutant une décision prise par un organisme intergouvernemental[2645], ni de ceux relatifs à la prise de position de la France dans le cadre de l'accès à l'indépendance d'un autre État[2646]. La décision d'envoyer des forces armées à l'étranger constitue également un acte de gouvernement[2647]. Plus généralement, les actes relatifs à la conclusion des traités internationaux échappent au juge administratif : il en va ainsi de ceux portant

---

Voir l'énumération à laquelle procède le rapporteur public dans ses conclusions sur l'affaire *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine et autres* (CE, Ass., 7 novembre 2008, rec. 399, concl. Glaser, voir pp. 403-404).

2638. CARPENTIER (E.), « L' « acte de gouvernement » n'est pas insaisissable », *RFDA* 2006, pp. 661-677.

2639. CE, 20 février 1989, *Allain*, rec. 60 ; *RFDA* 1989, pp. 868-870, concl. Frydman.

2640. CE, 2 avril 2004, *Chaumet*, req. n°222196.

2641. CE, Ass., 9 avril 1999, *Mme Ba*, rec. 124 ; *RFDA* 1999, pp. 566-577, concl. Salat-Baroux.

2642. CE, ord., 7 novembre 2001, *Tarka*, rec. 789.

2643. CE, 28 mars 1947, *Gombert*, rec. 138.

Auparavant le Conseil d'État en faisait un acte de gouvernement : CE, 30 juin 1893, *Gugel*, rec. 544.

2644. Respectivement : CE, 30 décembre 2003, *Comité contre la guerre en Irak*, rec. t. 707 ; TC, 2 février 1950, *Radiodiffusion française*, rec. 652.

2645. CE, 12 février 2016, *M. Lecuyer*, rec. t. 598.

2646. CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, rec. 606.

2647. CE, 5 juillet 2000, *Megret et Mekhantar*, rec. 291 ; *AJDA* 2001, pp. 95-101, note Y. Gounin ; *RFDA* 2000, p. 1144

Sur les limites en ce domaine : CE, Ass., 30 mars 1966, *Guyot* et *Société Ignazio Messina* (2 espèces) rec. 258 ; *RDP* 1966, pp. 789-800, concl. Questiaux (sur l'affaire *Société Ignazio Messina*) ; *RDP* 1967, pp. 143-151, note M. Waline.

sur la négociation, l'élaboration ou l'exécution des traités[2648] ou en suspendant l'exécution[2649]. Toutefois, il faut relever que le juge doit s'assurer de l'existence de l'acte de gouvernement, c'est-à-dire d'une part qu'il a bien été pris, et d'autre part qu'il l'a été par une autorité ayant compétence en ce domaine ; le juge vérifiera également qu'il a été publié afin d'être rendu opposable[2650]. La simple invocation de la qualité d'acte de gouvernement n'empêche pas le juge de contrôler la véracité de cette assertion, et donc de son existence.

Ces deux catégories d'actes appartiennent respectivement au domaine du droit constitutionnel et du droit international. Elles marquent la limite haute du contrôle juridictionnel pouvant peser sur l'exécutif. L'existence des actes de gouvernement s'explique par la volonté du juge administratif de ne pas empiéter sur des questions sensibles, dont le traitement par le Conseil d'État risquerait d'attirer le courroux des organes centraux de l'État[2651]. Ils sont, en somme, une contrepartie à l'extension progressive du contrôle opéré par le juge : ce dernier en trace la frontière. Ils expriment une volonté, celle du juge, de ne pas empiéter excessivement sur ce qui doit rester du domaine discrétionnaire du Gouvernement.

La qualification d'un acte comme étant « de gouvernement » emporte deux conséquences notables.

En premier lieu, l'acte est soumis à un régime contentieux particulier puisqu'il ne peut être soumis au contrôle du juge. Ils bénéficient d'une immunité contentieuse. Elle se justifie plutôt par l'importance particulière du domaine dans lesquels sont pris les actes de gouvernement.

En second lieu, si le juge administratif ne contrôle pas les actes de gouvernement, c'est sur le fondement de son incompétence[2652]. De ce constat, a été développée l'idée qu'il faudrait en soumettre certains au Conseil constitutionnel, en aménagement une voie de recours spéciale à cette fin[2653]. Un auteur a même été plus loin en supposant la possible soumission des actes de

2648. CE, 5 février 1926, *Caraco*, rec. 125 ; CE, 29 octobre 1954, *Taurin et Mérienne*, rec. 566, *Dalloz* 1955, pp. 361-363, note. F. Bénoit.
2649. CE, Ass. 18 décembre 1992, *Préfet de la Gironde c. Mhamedi*, rec. 446, concl. F. Lamy ; *AJDA* 1993, pp. 82-83, chron. Maugüé et Schwartz.
2650. *idem*.
2651. CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, thèse, *op. cit*., pp. 185-186.
2652. Les « actes de gouvernement » sont fichés, au recueil Lebon, dans la catégorie des « actes échappant à la compétence des deux ordres de juridiction ».
Voir également les conclusions du commissaire du Gouvernement Kessler sur l'arrêt *GISTI et MRAP* (CE, 23 septembre 1992, rec. 346 ; *AJDA* 1992, pp. 752-755).
VIRALLY (M.), « L'introuvable acte de gouvernement », *RDP* 1952, pp. 317-358 ; AUVRET-FINCK (J.), « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *RDP* 1995, pp. 131-174, notamment pp. 147-151.
2653. LOSCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, Paris, 1972, 349 pages, pp. 33-37 ; AUVRET-FINCK (J.), *ibid.*, pp. 171-174 ; FAVOREU (L.), *ibid.* ; CARPENTIER (E.), *ibid.* ; LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, 9e éd., *op. cit.*, pp. 105-106.
Pour une critique de l'existence même de cette catégorie, voir : GOYARD (C.), « État de droit et démocratie », pp. 299-

gouvernement pris dans les relations internationales à des juridictions internationales[2654].

2. La diminution progressive des actes de gouvernement : l'utilisation casuistique des actes détachables

La tendance en jurisprudence est donc à la diminution de cette catégorie d'actes inattaquables[2655]. L'arrêt *Prince Napoléon* en est le déclencheur. En abandonnant l'approche abstraite du mobile politique, pour une appréciation casuistique, le Conseil d'État a pu progressivement restreindre le nombre d'actes de gouvernement. Ainsi, si le juge voyait dans les décrets de convocation des collèges électoraux établis dans le cadre de l'élection parlementaire des actes de gouvernement, il s'autorise aujourd'hui à connaître d'un décret convoquant les électeurs à élire leur député dans une circonscription[2656]. Usant de la théorie de l'acte détachable dans le cadre des relations entre institutions, le juge administratif a accepté de connaître de la décision du Premier ministre chargeant un parlementaire d'une mission auprès de l'administration, au motif qu'il s'agit là du « premier acte de l'exécution d'une mission administrative dont un parlementaire se trouve temporairement investi »[2657].

La recherche d'une certaine rationalité dans le contenu de la catégorie des actes de gouvernement semble difficile. Toute tentative de systématisation est vaine en cette matière[2658]. Et pour cause, le Conseil d'État procède à une démarche casuistique rendant difficile une recherche globale. Cette impression est renforcée par l'utilisation de la théorie des actes détachables dans le cadre des relations internationales. En effet, la notion même de « détachabilité » manque de clarté et est fonction de différents éléments rendant impossible l'émergence d'un critère d'identification[2659]. Par exemple, le juge accepte de contrôler les décrets d'extradition, alors que leur rattachement aux rapports internationaux ne fait pas de doute[2660]. De même, et afin de faire respecter les conventions

314 in *Droit administratif, Mélanges René Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992.
D'une façon générale, voir : SERRAND (P.), *L'acte de gouvernement (Contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État)*, *op. cit*.
2654. CARPENTIER (E.), « Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement », *AJDA* 2015, pp. 799-805.
2655. Le constat était déjà opéré par Jèze. Voir, par exemple sa note sur l'arrêt *Rouzier* (TC, 25 mars 1911, rec. 392, *RDP* 1911, pp. 663-684).
Plus récemment, voir : AUVRET-FINCK (J.), « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *op. cit*. ; VENEZIA (J.-C.), « Éloge de l'acte de gouvernement », *op. cit*.
2656. CE, 16 septembre 2005, *Hoffer*, rec. t. 894.
Pour ce qui est de la jurisprudence antérieure : CE, Ass., 8 juin 1951, *Hirschowitz*, rec. 320.
2657. CE, Sect., 25 septembre 1998, *Mégret*, rec. 340.
2658. Pour une tentative toutefois : CARPENTIER (E.), « L'« acte de gouvernement » n'est pas insaisissable », *op. cit*.
2659. AUVRET-FINCK (J.), *ibid*., pp. 136-142.
2660. CE, Ass., 28 mai 1937, *Decerf*, rec. 584.

internationales, il a accepté de contrôler, et de censurer en l'espèce, le refus opposé par le Gouvernement français à une demande d'extradition[2661]. Plus généralement, concernant les conventions internationales, l'office du juge administratif s'est considérablement accru dans ce domaine : il porte son regard sur les actes de ratification ou d'approbation[2662]. La « détachabilité » permet au Conseil d'État d'affiner la catégorie des actes de gouvernement, en précisant ses contours de façon plus précise ; elle lui ouvre aussi la possibilité de connaître d'actes relatifs aux relations internationales, et de ne pas considérer ce domaine d'un bloc entier. Cette appréciation, plus concrète et casuistique, « est parfaitement en phase avec l'idée selon laquelle l'attractivité du recours pour excès de pouvoir dépend de la conception que ce fait à un moment donné le juge du domaine de ce recours »[2663]. Cela explique son utilisation plus fréquente, signe d'une volonté de renforcement du contrôle du juge administratif, et de sa capacité a le faire. En maniant lui-même cet outil, il exprime, en quelque sorte, l'appréciation qu'il porte sur son office, et sur sa capacité à contrôler des actes se trouvant à la frontière de sa capacité. En agissant par petites touches, il en découle un sentiment d'impressionnisme qui domine toujours la jurisprudence.

Les relations avec les institutions européennes en sont un premier exemple particulièrement topique. Si le Conseil d'État peut connaître du refus du Premier ministre de notifier, à la Commission européenne, un mécanisme législatif instaurant une aide d'État, il ne peut, en revanche, contrôler la décision positive de notification[2664]. La décision prise dans l'affaire *Castrella* fait aussi jouer cette théorie[2665]. Prise pour des motifs administratifs et budgétaires, la décision de fermer un poste diplomatique est détachable des relations diplomatiques[2666]. *A contrario*, prise pour d'autres motifs, elle pourrait être qualifiée d'acte de gouvernement. De même, si la décision d'ouvrir une ambassade est un acte de gouvernement, tel n'est pas le cas du permis de construire délivré à cette fin[2667]. En cela, « l'adjectif « détachable » serait ici comme ailleurs vicié de son sens, l'équivoque sémantique bénéficiant à l'extension du contrôle juridictionnel dont elle constitue le révélateur »[2668]. En affinant, à l'extrême, la définition des actes de gouvernement, le juge trace précisément les frontières de son contrôle. Si elles peuvent être la vérité du jour, elles ne seront peut-être plus celles du lendemain. Il est alors possible de conclure avec André de Laubadère et

2661. CE, Ass., 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et gouverneur de la colonie royale de Hong Kong*, rec. 267.
2662. Voir *supra* : Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II, I.
2663. CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, p. 130 : cette citation est extraite des développements de l'auteur sur l'utilisation de la théorie des actes détachables dans le cadre des contrats administratifs, mais s'applique tout autant à notre sujet.
2664. CE, Ass., 7 novembre 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine*, rec. 399, concl. Glaser.
2665. CE, 19 octobre 2005, *Castella*, rec. t. 691 ; *AJDA* 2005, pp. 2349-2552, note Y. Gounin.
2666. *AJDA* 2005, pp. 2349-2353, note Y. Gounin.
2667. CE, Sect., 22 décembre 1978, *Vo Thanh Nghia*, rec. 523 ; *AJDA* 1979, pp. 36-39, concl. B. Genevois.
2668. AUVRET-FINCK (J.), *ibid.*, p. 141.

Yves Gaudemet : « on est alors passé des tentatives de définition rationnelle à une *conception purement empirique ;* c'est celle qu'admet aujourd'hui la jurisprudence : sont des actes de gouvernement ceux que le conseil d'État et le tribunal des conflits estiment devoir être, pour des raisons d'opportunité, soustraits à toute discussion juridictionnelle ; il n'y a plus désormais qu'une *liste jurisprudentielle* des actes de gouvernement »[2669].

La réduction des actes de gouvernement participe de la meilleure soumission de l'exécutif au droit, par un mouvement propre des juges. Là encore, ce sont eux qui décident où s'arrête leur contrôle. Son extension dénote la volonté du Conseil d'État de mieux contrôler l'exécutif, mais également sa capacité à le faire[2670]. L'assurance croissante du juge administratif dans la surveillance qu'il fait peser sur les organes centraux se reflète ainsi dans l'accroissement du champ du recours pour excès de pouvoir.

B. L'entrée récente du recours pour excès de pouvoir dans le domaine du droit souple

Si l'acte de gouvernement est une catégorie ancienne en progressive régression, les actes de droit souple ont fait une entrée récente, et remarquée, dans le prétoire du juge de l'excès de pouvoir[2671]. Là encore, ce qui justifie cette extension c'est la volonté du juge de soumettre au droit un ensemble plus vaste de mesures adoptées par l'administration. La jurisprudence dont nous allons traiter ici est topique de l'adaptabilité du juge, et du recours pour excès de pouvoir, aux évolutions des types d'action administrative. L'acte de droit souple est, en effet, en plein développement ; il accompagne la mutation de l'action de l'État, devenu régulateur et gestionnaire[2672]. Par nature non contraignant, ce type d'acte constitue un nouvel outil utile et efficace pour influencer le comportement de ceux qui en sont les destinataires. Le Conseil d'État, dans son rapport annuel de 2013, met en exergue trois éléments d'identification : l'acte doit orienter ou modifier le comportement de ses destinataires ; il n'est pas créateur de droits ni d'obligations ; sa formalisation le fait ressembler à une règle de droit[2673]. Il n'est alors pas étonnant que leur usage prolifère dans le

2669. DE LAUBADERE (A.) et GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, 16e éd., t. I, *op. cit.*, pp. 590-591 (ce sont les auteurs qui soulignent).
2670. AUVRET-FINCK (J.), « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *op. cit.*, pp. 165-168 ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, thèse, *op. cit.*, pp. 185-186.
2671. MELLERAY (F.), « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFDA* 2016, pp. 679-684.
2672. Voir à ce sujet le rapport du Conseil d'État de 2013 : *Le droit souple*, Rapport annuel, 2013, La documentation française, 2013, 297 pages, notamment pp. 35-39.
Voir également : PAULIAT (H.), « La contribution du droit souple au désordre normatif », *RDP* 2017, pp. 59-70.
2673. Pour une définition de ces actes, voir le rapport du Conseil d'État, notamment pp. 61-64.

domaine de la régulation. Les actes de droit souple cherchent à inciter et à recueillir l'adhésion de leurs destinataires[2674]. Pour Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, ils sont le signe de l' « adaptabilité » de l'ordre juridique[2675] ; ils révèlent également, indirectement, l'adaptabilité du juge de l'excès de pouvoir dans la conception qu'il se fait de son office

Par les décisions *Société NC Numéricable* et *Société Fairvesta International GmbH*, le Conseil d'État a ouvert son prétoire aux actes de droit souple[2676]. Dans la première, le juge admet de contrôler la légalité d'une prise de position de l'Autorité de la concurrence constatant que certaines de ses décisions antérieures étaient devenues sans objet ; dans la seconde, étaient en cause des communiqués publiés par l'Autorité des marchés financiers, mettant en garde les investisseurs contre les placements proposés par une entité économique. D'une façon plus générale, le Conseil d'État, dans un considérant de principe commun aux deux arrêts, et repris depuis lors, précise que les mesures concernées peuvent être des avis, des recommandations, des mises en garde ou encore des prises de position[2677].

Cette évolution n'est pas anodine. Elle se fait sur des actes qui n'ont pas directement d'effet sur l'ordonnancement juridique, qui ne créent ni droits ni obligations, et a seulement vocation à inciter à l'adoption d'un comportement ; en un mot, ils ne font pas griefs. Dans ses conclusions sur l'affaire *Société Fairvesta International GmbH*, le rapporteur public, Suzanne von Coester, explique les raisons de cette évolution[2678]. En effet, celle-ci ne paraissait pas aller de soi.

La première justification est centrée sur la prise en compte de « l'ampleur des effets pourtant non juridiques » des actes en cause[2679]. Ce sont les conséquences concrètes, factuelles et non pas juridiques, qui justifient leur soumission aux juges. Cette évolution porte un coup à la condition, classique dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, volant que seuls les actes faisant griefs puissent être contrôlés[2680]. Deux situations sont possibles : soit l'acte va avoir pour conséquence

2674. *idem*.
2675. Avant-propos du rapport annuel de 2013, p. 5.
Pour une vision plus critique du développement du droit souple : PAULIAT (H.), *ibid*.
2676. CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable,* rec. 88, *RFDA* 2016, pp. 506-518, concl. Daumas ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, rec. 76, *RFDA* 2016, pp. 497-505, concl. Von Coester, *AJDA* 2016, pp. 717-726, chron. L. Duteillet de Lamothe et G. Odinet ; GAJA 21e éd., n°117.
Voir également : MELLERAY (F.), *ibid*.
Cette évolution était envisagée par le rapport du Conseil d'État consacré au droit souple (*Droit souple*, Rapport annuel, 2013, La documentation française, 2013, 297 pages, pp. 174-176).
2677. Pour une reprise postérieure de cette énumération : CE, 10 novembre 2016, *Mme Marcilhacy et autres*, rec. 509 ; *DA* 2017, pp. 45-48, comm. R. Lanneau et A. Sée.
2678. Sur cette question, les conclusions de Suzanne von Coester sont approuvées sans retenue par Vincent Daumas : *RFDA* 2016, p. 509.
2679. *RFDA* 2016, p. 500.
2680. MELLERAY (F.), *ibid*., pp. 679-682 ; PAULIAT (H.), *ibid.*, pp. 63-65.

d'influer sur des comportements, soit il va avoir des conséquences économiques importantes[2681]. En l'espèce, la prise de position de l'Autorité des marchés financiers pouvait conduire des individus à ne pas recourir aux services de l'opérateur concerné, engendrant, de fait, des conséquences financières pour elle. Au vu de ces effets possibles, la légalité de la décision doit pouvoir être contrôlée. C'est bien, eu égard à ses conséquences concrètes, et au-delà de ses effets juridiques, que l'acte est soumis au juge de l'excès de pouvoir. Le juge ne reste pas enfermé dans des carcans. Il ose, quand les circonstances le commandent, les dépasser. Ce qui détermine l'ouverture de son prétoire, c'est l'utilité qu'il peut avoir à opérer un contrôle sur tel ou tel acte. Cette détermination se fait alors, largement, dans une mesure casuistique. D'ailleurs, les potentialités de cette ouverture ont été soulignées[2682]. Des actes, aujourd'hui exclus d'un contrôle direct par le juge, comme les lignes directrices, pourraient à l'avenir pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

La seconde justification repose sur la nécessité pour le juge administratif de s'adapter aux évolutions des outils de l'action administrative. Suzanne von Coester l'admet explicitement dans ses conclusions : « c'est parce que les autorités de régulation privilégient un mode d'action non contraignant qu'il s'avère nécessaire d'*inventer* de nouveaux critères de recours au juge, pour ces actes d'un nouveau genre »[2683]. Pour paraphraser le rapporteur public, puisque l'administration « invente » de nouveaux moyens d'action, le juge de l'excès de pouvoir « invente » de nouveaux critères et donc étend son office en conséquence.

La première annulation n'a pas tardé à intervenir, puisqu'elle a eu lieu seulement trois mois après ces deux arrêts, preuve de son utilité : a été annulée la mise en ligne d'un communiqué, par la Commission de régulation de l'énergie[2684].

Cette évolution ne renvoie pas seulement à l'image que l'on a du recours pour excès de pouvoir. Bien plus, c'est le rôle du juge administratif, en général, qui se trouve affecté. En permettant aux requérants de demander le contrôle de tels actes de droit souple, c'est le juge qui s'introduit plus profondément, grâce au recours pour excès de pouvoir, dans le contrôle de la régulation administrative. Le but est d'y étendre la légalité. D'ailleurs, il est révélateur sur ce point que l'une des propositions de Vincent Daumas, dans ses conclusions sur l'affaire *Société NC Numéricable*, n'ait pas été retenue par le juge. En effet, le rapporteur public souhaitait que les moyens invocables soient liés à l'intérêt du requérant ; plus ce dernier aurait été fort, plus le nombre de vices soumis au juge aurait pu être important[2685]. Le refus classique de lier intérêt à agir et

2681. *RFDA* 2016, p. 501.
2682. MELLERAY (F.), *ibid*., pp. 680-682.
2683. *RFDA* 2016, p. 501 (C'est nous qui soulignons).
2684. CE, Sect., 13 juillet 2016, *Société GDF Suez*, rec. 384 ; *DA* 2016, pp. 49-50, comm. P. Idoux.
2685. *RFDA* 2016, pp. 511-513.

moyens invocables, qui prévaut classiquement, traduit le « libéralisme […] assigné au recours pour excès de pouvoir : celui d'un recours contentieux mis au service du principe de légalité »[2686]. Or ici, toujours selon Vincent Daumas, le but du contrôle juridictionnel serait avant tout de protéger les intérêts particuliers, et de ne garantir la légalité que par corollaire[2687]. Cette idée n'est pas retenue par le Conseil d'État qui prend soin de relever qu'il appartient au juge « saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques »[2688]. En ne suivant pas son rapporteur public sur ce point, la Haute juridiction administrative fait du respect de la légalité l'objectif premier de l'extension du recours pour excès de pouvoir sur les actes de droit souple.

Cette extension démontre une fois encore la souplesse avec laquelle le juge de l'excès de pouvoir sait adapter son contrôle aux évolutions de l'action administrative. Son office n'est pas rigide. Il est en perpétuelle évolution et adaptation, et ce, dans le but de garantir plus efficacement la légalité. Cette conclusion complète celle issue des développements sur les actes de gouvernement. Créée par les juges comme une entrave à leur propre contrôle, cette catégorie diminue au gré des cas d'espèce. Le juge de l'excès de pouvoir peut, et sait, définir les limites de son contrôle, tout comme il peut, et sait, les faire évoluer. Ce pragmatisme se retrouve également dans la *judicial review.*

II. L'extension des pouvoirs soumis à la *judicial review*

La théorie de l'*ultra vires* postule que la *judicial review* sert à contrôler l'exercice d'un pouvoir découlant de la loi ; cette dernière constitue alors la norme au regard de laquelle l'activité administrative en cause sera contrôlée. Ce rôle limité des juges a toutefois un avantage : il est facilement légitimé par le recours à la souveraineté du Parlement. Toutefois, dans ce domaine également, la *judical review* n'est pas restée cantonnée à cette mission principale. Au contraire, les juges l'ont étendu à d'autres types de pouvoirs, ne découlant pas de la loi, mais appartenant en propre à certains organes (A.). En s'ajoutant aux autres, cette nouvelle extension a obligé les défenseurs de la théorie de l'*ultra vires* à réécrire leur doctrine. Afin de justifier ces évolutions et

2686. *ibid*., p. 512.
2687. *idem*.
2688. Dans leur commentaire de l'arrêt *Mme Z et autres*, Régis Lanneau et Arnaud Sée note : « si cette formulation semblait annoncer une adaptation du recours pour excès de pouvoir, on sait qu'il n'en a rien été, le juge exerçant un contrôle en réalité assez classique sur les actes de droit souple » (*op. cit*., p. 47).
Voir également : MELLERAY (F.), *ibid.*, p. 683.

ainsi le rôle central et actif des juges dans le contrôle de l'administration, ils appuient leur vision sur l'intention générale du Parlement. Cette intention générale, largement fictive, fonde la théorie de l'*ultra vires* modifiée (B.). Cette reformulation traduit l'importance des développements qu'a connus la *judicial review* depuis la seconde moitié du XXe siècle.

A. L'extension de la judicial review *aux actes de la prérogative royale et de la « troisième source » : une possible assimilation avec la théorie des actes de gouvernement*

La diversification des cas d'ouverture n'est pas le seul symptôme des difficultés rencontrées par la théorie de l'*ultra vires* pour justifier la *judicial review.* Le découplement croissant entre le contrôle des juges et le strict respect de la loi est aussi visible quant au champ du recours. La source du pouvoir n'est plus ce qui définit la possibilité d'un contrôle des juges par la voie de la *judicial review*[2689]. En effet, pendant longtemps, ceux-ci se sont limités à ne connaître que des actes se fondant sur une loi, excluant ainsi ceux pris en vertu de la prérogative royale. C'est sur ce thème qu'il faut revenir en apportant quelques précisions.

Mais, avant cela, il est nécessaire de revenir sur cette notion de « prérogative royale ». Cette notion est ambivalente et possède en fait deux acceptions possibles qu'il faut distinguer (1.)[2690]. Si l'extension de la *judicial review* s'est faite sur l'ensemble de la « prérogative royale » comme source de pouvoirs de l'exécutif, certaines questions restent non « justiciables ». Cette dernière notion devient alors centrale dans la détermination de la capacité des cours à connaître d'une question (2.). L'exemple des actes pris dans le cadre des relations internationales est ici particulièrement pertinent (3.). En abandonnant une démarche globale, au profit d'une approche plus casuistique, la jurisprudence anglaise permet d'envisager une comparaison avec les actes de gouvernement (4.).

1. La double définition possible de la « prérogative royale » : la dualité des sources non textuelles de pouvoirs de l'exécutif

La notion de prérogative royale peut être entendue largement ou restrictivement[2691].

2689. Voir *supra :* Partie I, Titre I, Chapitre I, Secion II, I, B et II, B.
2690. Là encore, nous renvoyons en partie à nos développements précédents sur la source du pouvoir comme critère de la *judicial review.*
2691. POLLARD (D.), « Judicial Review of Prerogative Power in the United Kingdom and France », pp. 297-320, notamment pp. 300-301 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit.* ; CRAIG (P.), « Prerogative, Precedent and Power », pp. 65-89 notamment pp. 86-89 in

Dans le premier cas, elle englobe tous les pouvoirs exercés par, ou au nom, de la Couronne. La définition large comprend en fait deux sources aujourd'hui distinguées : la prérogative royale *stricto sensu* et la « troisième source »[2692]. Toutes deux ont en commun de conférer des facultés d'action aux ministres agissant au nom de la Couronne, sans rattachement à la loi. Elles découlent de la *common law* et n'ont fait l'objet d'une distinction que récemment. Cette définition est celle retenue par Dicey[2693].

Dans le second cas, la prérogative royale, entendue *stricto sensu*, correspond uniquement aux pouvoirs de la Couronne n'ayant pas d'équivalent dans les facultés dont disposent les individus ; elle renvoie à l'idée d'*imperium*, de pouvoirs exorbitants. Cette vision plus restrictive ressort plutôt des écrits de Blackstone, ou plus récemment, de William Wade[2694].

Le plus souvent, les cours utilisent la première acception[2695]. En ce qu'ils ne sont pas des pouvoirs d'exécution d'une loi, ils se rapprochent du pouvoir réglementaire autonome du droit français[2696]. Il faut toutefois distinguer la prérogative royale et la « troisième source ». Toutes deux traduisent deux fonctions différentes de l'exécutif.

La prérogative royale, au sens strict, est un pouvoir résiduel[2697]. Elle est constituée de l'ensemble des pouvoirs exorbitants de la Couronne, découlant de la *common law*, et n'ayant pas été remis en cause, expressément ou par voie de conséquence, par la loi[2698]. Elle est liée à la qualité de

---

The Golden Metwand and The Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC, sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; SEDLEY (S.), *Lions Under the Throne*, *op. cit.*, pp. 123-142 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 158-161.

2692. En générale sur cette question, voir : HARRIS (B.V.), « The « third source » of authority for government action », *LQR* 1992, pp. 626-561 ; « The « third source » of authority for Government action revisited », *LQR* 2007, pp. 225-250 ; « Government « third source » action and common law constitutionalism », *LQR* 2010, pp. 373-402 ; COHN (M.), « Medieval Chains, Invisible Inks : On Non-Statutory Powers of the Executive », *OJLS* 2005, pp. 97-122 ; SALES (P.), « Crown Powers, the Royal Prerogative and Fundamental Rights », pp. 361-394 in *The Scope and Intensity of Substance Review. Traversing Taggart's Rainbow*, sous la dir. H. Wilberg et M. Elliott, *op. cit*.

2693. DICEY (A.-V.), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, pp. 281-284.
Pour une critique de cette acception large : WADE (W.), « Procedure and Prerogative in Public law », *LQR* 1985, pp. 180-199, notamment p. 191 : l'auteur défend une définition centrée sur les pouvoirs spéciaux de la Couronne. Celle-ci a notamment été approuvée par Lloyd LJ dans l'affaire *Datafin* (*R. v. Panel on Takeovers and Mergers, ex p. Datafin plc* [1987] QB 815, p. 848).

2694. CRAIG (P.), « Prerogative, Precedent and Power », *ibid.* ; *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 559-561 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, p. 158.

2695. *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, ex p. Lain* [1967] 2 QB 864 ; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513. Ces deux affaires portaient sur la question de la capacité du Gouvernement à mettre en place certains mécanismes financiers d'indemnisation de différents préjudices. Ce pouvoir, reconnu dans la première affaire, mais non dans la seconde du fait de la présence d'une loi, est considéré comme reposant sur la « prérogative royale ».

2696. Pour une assimilation expresse : COHN (M.), *ibid*., p. 102.

2697. WADE (W.), *ibid.*, notamment p. 193 ; POLLARD (D.), *ibid.* ; CRAIG (P.), « Prerogative, Precedent and Power », *ibid.* ; COHN (M.), *ibid*., notamment pp. 103-108 ; LESTER (A.) et WEAIT (M.), « The use of ministerial powers without parliamentary authority : the Ram doctrine », *PL* 2003, pp. 415-428, notamment pp. 418-420 ; SALES (P.), *ibid.* ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 155-158.

2698. *Case of Proclamations* (1611) 2 Co Rep 74 ; *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd* [1920] AC 508.
Voir notamment : CRAIG (P.), « Prerogative, Precedent and Power », *ibid.*

souverain que détenait la Couronne auparavant. La prérogative royale permet au Gouvernement, agissant en son nom, de prendre des décisions importantes, et ce, dans l'intérêt public[2699]. Par définition, cela comprend des actes que ne peuvent pas prendre de simples individus[2700] : il s'agit de signer les traités internationaux[2701], diriger les relations diplomatiques, délivrer les passeports, déclarer la guerre, défendre le pays, protéger l'ordre public, accorder la grâce ou les honneurs, dissoudre le Parlement ou encore nommer les ministres[2702]. Cette liste n'est pas exhaustive, et ne peut l'être[2703]. Le champ de la prérogative royale n'est pas précisément déterminé. Ainsi, il n'est pas rare que le Gouvernement l'invoque pour justifier d'une action alors même qu'aucune nouvelle forme de prérogative royale ne peut être créée[2704]. Cette question était au cœur de l'affaire *Miller*, portant sur la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne. La question que les juges devaient résoudre était la suivante : le Gouvernement dispose-t-il d'un pouvoir propre, découlant de la prérogative royale, pour actionner le mécanisme de l'article 50 ? Comme nous l'avons déjà vu, la Haute Cour et la Cour Suprême ont répondu par la négative. Notamment, puisque c'est une loi qui fait participer le Royaume-Uni aux institutions européennes, la prérogative royale ne peut pas aller contre[2705]. En conséquence, le Gouvernement doit agir sur la base d'une loi.

La « troisième source » est d'une nature différente. Elle traduit la liberté résiduelle dont la Couronne jouit en tant que personne, sur le fondement de la *common law*[2706]. Le Gouvernement

2699. Toutefois, certains actes restent pris par la Reine elle-même : il en va ainsi de la nomination du Premier ministre ou de l'assentiment royal nécessaire à la formation des lois. Ces pouvoirs ne donnent pas vraiment de liberté à son titulaire, car leur usage est largement guidé par des conventions politiques. Ainsi, la Reine nommera au poste de Premier ministre, le chef du parti ayant une majorité à la Chambre des Communes.

2700. WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, p. 179.

2701. Le *Constitutional Reform and Governance Act* de 2010, sans se substituer à la prérogative royale comme source de ce pouvoir, pose certaines règles en encadrant l'exercice. Notamment, cette loi accorde un pouvoir de véto au Parlement, lui permettant de refuser qu'un traité soit signé par l'exécutif (Partie 2 de la loi).

2702. Ces pouvoirs sont en partie énumérés par Lord Roskill dans la décision *Council of Civil Service v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, p. 418.

Voir également : *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade* [1977] QB 643 : la négociation des traités est considérée comme étant une « prérogative royale ».

COHN (M.), « Medieval Chains, Invisible Inks : On Non-Statutory Powers of the Executive », *op. cit.*, notamment pp. 105-107 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 155-156.

2703. Cela a été reconnu explicitement dans un rapport produit par la Chambre des Communes : *Taming the Prerogative : Strengthening Ministerial Accountability to Parliament*, (HC 422 2003-2004), pp. 5-6

2704. *British Broadcasting Corporation v. Johns* [1965] Ch. 32, p. 79 (Diplock LJ) ; *Burmah Oil Co Ltd v. Lord Advocate* [1965] AC 75, p. 101 (Lord Reid).

2705. Respectivement : *R. (on the application of Miller) v. The Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768 ; *R (on the application of Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

Pour un autre exemple récent : *R. (on the application of Munir) v. Secretary of State for the Home Department* [2012] UKSC 32.

Voir : CRAIG (R.), « Casting Aside Clanking Medieval Chains : Prerogative, Statute and Article 50 after the EU Referendum », *MLR* 2016, pp. 1041-1063 ; Lord Millet, « Prerogative Power and Article 50 of the Lisbon Treaty », *UK Supreme Court Yearbook*, vol. 7, 2016, pp. 190-194.

2706. HARRIS (B.V.), « The « third source » of authority for government action », *op. cit.* ; « The « third source » of authority for Government action revisited », *op. cit.* ; « Government « third source » action and common law

peut, en conséquence, disposer de certains pouvoirs ne provenant pas de la loi : la doctrine parle dans ce cas de la « doctrine Ram ». Celle-ci tient son nom de Sir Granville Ram, membre du Cabinet entre 1937 et 1947[2707]. Ce dernier avait rédigé un rapport en 1945 dans lequel il était affirmé en substance qu' « un ministre de la Couronne peut exercer tous les pouvoirs que la Couronne détient, sauf si le ministre en est interdit soit expressément soit par voie de conséquence »[2708]. Cette doctrine s'appuie sur le constat de l'égalité entre les personnes publiques et les personnes privées promue par Dicey[2709]. Puisque la Couronne est reconnue comme une personne morale classique, elle est soumise à ce principe simple du droit privé : tout ce qui n'est pas interdit par le droit est légal.

La « troisième source » a fait l'objet d'une reconnaissance expresse dans plusieurs affaires, traduisant un éloignement de la conception diceyenne de la prérogative royale[2710]. Les ministres, agissant au nom de la Couronne, jouissent donc de cette source résiduelle de liberté, tant qu'elle n'a pas été remise en cause par une loi. Tel était le cas dans l'affaire *Fire Brigades Union* : en introduisant une loi remplaçant le mécanisme d'indemnisation créé par le ministre sur le fondement de ses pouvoirs de *common law*, le Parlement a remis en cause la possibilité pour le ministre de modifier le futur mécanisme en utilisant ses pouvoirs propres[2711]. En revanche, les autorités publiques locales, créées par la loi, à la différence des ministres, ne peuvent pas s'en prévaloir. Leurs compétences sont strictement limitées par l'acte les instituant[2712].

La « troisième source » peut conduire à l'octroi de pouvoirs importants. C'est sur le fondement de cette source qu'a été déclarée légale la mise sur écoute décidée par le Gouvernement dans l'affaire *Malone* : en l'absence d'un droit reconnu à l'individu et rendant illégale l'opération,

constitutionalism », *op. cit.* ; SALES (P.), « Crown Powers, the Royal Prerogative and Fundamental Rights », *op. cit.* ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 158-161.

2707. LESTER (A.) et WEAIT (M.), « The use of ministerial powers without parliamentary authority : the Ram doctrine », *op. cit.* ; COHN (M.), « Medieval Chains, Invisible Inks : On Non-Statutory Powers of the Executive », *op. cit.*, voir pp. 108-111 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*, pp. 236-237.

Cette doctrine a été explicitement reconnue et citée en jurisprudence : *Shrewsbury and Atcham Borough Council v. Secretary of State for Communities and Local Government* [2008] EWCA Civ 148 [44] (Carnwath LJ).

2708. LESTER (A.) et WEAIT (M.), *ibid*., p. 415. Les auteurs relèvent toutefois que le sens aujourd'hui accordé à cette doctrine n'est pas celui initialement entendu par Sir Granville Ram. Ce dernier semblait alors ne parler que de la prérogative royale, et non d'une « troisième source » (*ibid*., pp. 420-421).

2709. Voir s*upra* : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II, I, A, 1.

2710. *R. v. Secretary of State for Health, ex p. C* [2000] 1 FLR 627, [13] – [21] (Hale LJ) ; *R. (on the application of Hooper) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2005] UKHL 29, [4] (Lord Nicholls) ; *R. (on the application of Association of British Civilian Internees Far East Region) v. Secretary of State for Defence)* [2003] EWCA Civ 473, [39] (jugement commun) ; *Shrewsbury and Atcham Borough Council v. Secretary of State for Communities and Local Government* [2008] EWCA Civ 148 [22] (Carnwath LJ) et [73] (Richards LJ).

2711. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513.

Voir *supra* sur cette affaire : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I, II, B, 2, a.

2712. *R. v. Secretary of State for Health, ex p. C* [2000] 1 FLR 627, [16] (Hale LJ) ; *Shrewsbury and Atcham Borough Council v. Secretary of State for Communities and Local Government* [2008] EWCA Civ 148, [21] (Carnwath LJ).

celle-ci a été considérée légale[2713]. Les possibilités découlant de cette source de pouvoirs peuvent être moins controversées. Elle fonde le pouvoir de certaines autorités de fait, comme la Commission des Fusions et Acquisitions de l'affaire *Datafin*[2714]. Grâce à elle, le Gouvernement a pu mettre en place des mécanismes d'indemnisation de victimes à titre gracieux ou passer des contrats[2715] ; ou de payer les indemnités aux individus bénéficiant d'un jugement favorable de la Cour européenne[2716]. Les décisions prises sur ce fondement ne sont pas considérées comme exorbitantes, mais traduisent la possibilité pour la Couronne de gérer ses affaires comme toute autre personne : en cela la troisième source est irriguée par l'idée de *dominium*, là où la prérogative royale reflète plutôt l'idée d'*imperium*[2717]. Elle se caractérise donc par l'utilisation de moyens non coercitifs d'action comme les contrats, les mises en place d'indemnisation financière ou encore des actes de gestion du personnel.

Aujourd'hui, la « doctrine Ram » fait l'objet de nombreuses critiques, liées à son caractère trop extensif. Le principe étant la liberté du Gouvernement, les limites sont difficilement définissables. Cela conduit le Parlement et les cours à tenter d'en limiter le plus possible la portée[2718]. Les juges ont donc admis qu'une action publique puisse ne pas se fonder sur une loi[2719]. Les décisions prises ne seront pas illégales tant qu'elles reposent sur la prérogative royale ou la « troisième source ».

2713. *Malone v. Metropolitan Police Commissioner (No. 2)* [1979] Ch 344.
HARRIS (B.V.), « The « third source » of authority for government action », *op. cit*.
2714. Sur cette affaire, voir *supra* : Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II, II, B, 1.
2715. COHN (M.), *ibid.*, notamment pp. 100-103 ; HARRIS (B.V.), « The « third source » of authority for Government action revisited », *op. cit*. pp. 226-227.
2716. SALES (P.), « Crown Powers, the Royal Prerogative and Fundamental Rights », *op. cit*., p. 376.
2717. LESTER (A.) et WEAIT (M.), « The use of ministerial powers without parliamentary authority : the Ram doctrine », *op. cit* ; HARRIS (B.V.), « The « third source » of authority for government action », *op. cit.*, pp. 629-630 ; « The « third source » of authority for Government action revisited », *op. cit.*, p. 227.
Toutefois, la distinction n'est pas toujours aisée à faire en pratique entre ces deux sources : SALES (P.), *ibid.*, p. 368-369 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law. Text and Materials*, 5e éd., *op. cit*., pp. 117-118.
2718. Voir le rapport du Comité constitutionnel de la Chambre des Lords : *The Pre-emption of Parliament*, HL, 165, 2012-2013, [50] – [65].
De même pour une critique doctrinale : LESTER (A.) et WEAIT (M.), « The use of ministerial powers without parliamentary authority : the Ram doctrine », *op. cit.* ; HARRIS (B.V.), « The « third source » of authority for Government action revisited », *op. cit*., pp. 234-240 (sur les différentes réactions doctrinales sur cette question) ; « Government « third source » action and common law constitutionalism », *op. cit.*, pp. 378-379 (sur les critiques émises par William Wade).
Pour une critique opérée par certains juges : *R. v. Somerset CC, ex p. Fewings* [1995] 1 All ER 513, p. 524 (Laws J) ; *Shrewsbury and Atcham Borough Council v. Secretary of State for Communities and Local Government* [2008] EWCA Civ 148 [45] (Carnwath LJ.) ; *R. (on the application of New London College) v. Secretary of State for the Home Department* [2013] UKSC 51, [28] (Lord Sumption).
2719. Tel est le cas dans l'affaire *Malone* par exemple.
Voir également : *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, ex p. Lain* [1967] 2 QB 864 : le Gouvernement pouvait créer, *via* la prérogative royale, un comité chargé de gérer un fonds d'indemnisation de victimes de crimes.
POLLARD (D.), « Judicial Review of Prerogative Power in the United Kingdom and France », pp. 297-320 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit.* ; COHN (M.), *ibid*., p. 112.

2. Extension et limite de la *judicial review* : la justiciabilité de la question soumise aux juges

Les affaires *GCHQ* et *Datafin* ont permis d'ouvrir la *judicial review* au contrôle de telles décisions[2720]. Remettant en cause le critère du recours autrefois fondé uniquement sur la source législative du pouvoir, et adoptant une démarche centrée sur la fonction, les juges ont reconnu la possibilité de contester la validité de ces actions[2721]. Auparavant, l'approche était globale et abstraite ; il suffisait que les juges identifient la présente d'une « prérogative royale », au sens large, pour refuser d'entrer dans le contrôle même de l'acte, au nom de son injusticiabilité. Le rôle des juges se limitait dont à constater son existence et à s'assurer qu'aucune loi ne l'avait remise en cause ou remplacée[2722]. Cela n'est d'ailleurs pas sans rappeler l'office du juge de l'excès de pouvoir puisque celui-ci peut constater l'existence d'un acte de gouvernement mais ne pas aller au-delà.

L'affaire *Datafin* a déjà fait l'objet de développements précédents, sur lesquels nous ne reviendrons pas ici. Elle a permis d'ouvrir la *judicial review* à une autorité de fait, agissant dans le domaine de la régulation, et utilisant des pouvoirs appartenant à la « troisième source ». L'affaire *Datafin* traduit l'extension du contrôle des juges sur des fonctions considérées comme publiques, et exprimant l'idée de gestion (*dominum*).

La portée de l'affaire *GCHQ* est plus large, puisqu'elle ouvre la *judicial review* à tout type

2720. *R. v. Panel on Takeovers and Mergers, ex p. Datafin plc* [1987] QB 815 ; *Council of Civil Service v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, notamment p. 410 (Lord Scarman). Les cinq Lords soutiennent que la source du pouvoir ne doit pas empêcher la *judicial review*.

2721.Voir toutefois pour une affaire préfigurant la décision des Lords dans *GCHQ* : *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, ex p. Lain* [1967] 2 QB 864 (Le contrôle des décisions d'une commission créée par le Gouvernement en vertu de la prérogative royale et ayant pour fonction de gérer un fonds d'indemnisation de victimes de crimes est admis). La soumission de la prérogative royale au contrôle des juges avait déjà été abordée dans différents *obiter dicta* : *Chandler v. Director of Public Prosecutions* [1964] AC 763, p. 810 (Devlin J) ; *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade* [1977] QB 463, p. 705 (Lord Denning MR).

Pour des exemples postérieurs : *R. v. Secretary of State for Health, ex p. C* [2000] 1 FLR 627 (création d'une liste par le ministre de la Santé recensant des informations sur des individus considérés comme ne pouvant pas travailler auprès d'enfants) ; *R. v. Ministry of Defence, ex p. Walker* [2001] 1 WLR 806 (concernant un mécanisme d'indemnisation pour des victimes de crimes au profit des militaires en dehors du territoire britannique) ; *R. (on the application of Association of British Civilian Internees Far East Region) v. Secretary of State for Defence* [2003] EWCA Civ 473 (l'affaire concernait un mécanisme d'indemnisation créé par le Gouvernement sur le fondement de ses pouvoirs de *common law* et visant à indemniser des Britanniques détenus par le Japon durant la Seconde Guerre mondiale).

2722. *Case of Proclamations* (1611) 2 Co Rep 74 ; *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd* [1920] AC 508 (concernant le pouvoir de réquisition durant des circonstances d'urgence, pouvoir désormais régulé par la loi).

L'affaire *Miller* en constitue également un exemple : la loi de 1972 interdit l'utilisation de la prérogative royale pour actionner l'article 50 du Traité sur l'Union européenne (*R. (on the application of Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5).

En revanche, le *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act* de 2011 n'a pas implicitement abrogé le pouvoir du ministre de l'Intérieur d'annuler les passeports des Britanniques impliqués dans des activités terroristes, et qui découle de la prérogative royale : *R. (on the application of HX) v. Secretary of State for the Home Department* [2017] EWCA Civ 41.

Voir : CRAIG (P.), « Prerogative, Precedent and Power », notamment pp. 78-80 in *The Golden Metwand and The Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit*.

d'utilisation de la « prérogative royale », même les plus sensibles. Ici, était en cause la décision du Gouvernement interdisant aux salariés des Services de Renseignements d'appartenir à un syndicat[2723]. Les Lords vont accepter d'en contrôler la validité. *In fine*, la décision du ministre est déclarée légale. Par cette décision, les juges vont traiter de manière « équivalente » tous les pouvoirs, quelle que soit la source d'où ils proviennent[2724]. Il y a une sorte de normalisation de la prérogative royale, dont le régime est aligné sur les pouvoirs provenant de la loi. Ce mouvement ne s'est pas arrêté à cette décision. Les juges ont encore étendu le champ de leur contrôle. Dans l'affaire *CGHQ*, la décision du ministre provenait d'un pouvoir lui ayant été délégué sur le fondement de la prérogative royale, plus précisément d'un ordre en Conseil, acte assimilable à des décrets pris en Conseil des ministres. Dans l'affaire *Bancoult*, les Lords ont accepté de connaître d'une *judicial review* contre une décision prise dans l'exercice direct de la prérogative royale puisqu'en l'espèce l'affaire concernait deux ordres en Conseil[2725]. Les Lords rejettent donc toute distinction entre « prérogative royale exécutive » et « prérogative royale législative » pour ce qui est de l'admissibilité de la *judicial review*[2726].

Toutefois, certains des actes pris sur le fondement de la prérogative royale ou de la « troisième source » restent exclus de la *judicial review*. Il s'agit de ceux pris dans un domaine considéré par les cours comme « non-justiciables », c'est-à-dire ne pouvant faire l'objet d'un débat contentieux[2727]. Dès l'affaire *GCQH*, cette limitation avait été mise en lumière par les Lords. Ainsi, Lord Scarman a-t-il pu affirmer que la *judicial review* était possible « si le domaine d'exercice de la prérogative royale est justiciable, c'est-à-dire si les juges ont la capacité d'en juger »[2728]. Lord Roskill, soutenant la même idée, va plus loin et en dresse une liste : il s'agit des actes pris lors de l'élaboration des traités, de la défense du pays, de l'octroi de la grâce ou des honneurs, lors de la

2723. GRIFFITH (J.A.G.), « Judicial Decision-Making in Public Law », *PL* 1985, pp. 564-582 ; WADE (W.), « Procedure and Prerogative in Public law », *LQR* 1985, pp. 180-199, notamment 190-198.
2724. CRAIG (P.), *ibid*., p. 83.
2725. *R. (on application of Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 2)* [2008] UKHL 61.
Voir : COHN (M.), « Judicial review of non-statutory executive powers after bancoult : a unifed anxious model », *PL* 2009, pp. 260-286 ; POOLE (T.), « United Kingdom ; The Royal Prerogative », *International Journal of Constitutional Law* 2010, pp. 146-155.
2726. Ces expressions se retrouvent dans les jugements sur cette affaire : *ibid*., [35] et [47] (Lord Hoffmann) ; [105] (Lord Rodger) ; [122] (Lord Carswell) ; [141] et [143](Lord Mance).
Sur ces deux notions, voir : SALES (P.), « Crown Powers, the Royal Prerogative and Fundamental Rights », *op. cit*., pp. 367-368.
Les ordres en Conseil sont considérés comme étant l'expression d'un pouvoir législatif par la Couronne : ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, p. 636.
2727. HARRIS (B.V.), « Judicial review, justiciability and the prerogative of mercy », *CLJ* 2003, pp. 631-660 ; DALY (P.), « Justicability and the « political question » doctrine », *PL* 2010, pp. 160-178 ; McGOLDRICK (D.), « The boundaries of justiciability », *ICLQ* 2010, pp. 981-1019.
2728. *Council of Civil Service v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, p. 407.

dissolution du Parlement, ou encore de la nomination des Ministres[2729]. Pour le Lord, le prétoire n'est pas le lieu de discussion appropriée pour ces questions. En somme, l'incompétence des cours découle de leur manque d'expertise sur ces questions, mais aussi de légitimité en ce que ces domaines sont avant tout politique et non pas juridique. Dans une veine similaire, Lord Fraser relevait l'impossibilité pour les juges de connaître de l'exercice de la prérogative royale dans le domaine de la gestion des forces armées et de la politique étrangère. Pour le Lord donc, « la plupart des pouvoirs de la prérogative les plus importants […] ne peuvent faire l'objet d'un débat ou d'un contrôle de la part des Cours »[2730].

Néanmoins, les approches de Lord Roskill et Lord Fraser ont été critiquées et remises en cause[2731]. Le point de vue développé par les Lords a été considéré comme trop général et abstrait pour fixer les limites de la *judicial review*. Entrant dans une approche bien plus casuistique et empirique, les juges ont en effet refusé d'admettre l'existence de *domaine* non justiciable, au profit de la reconnaissance de *problèmes* ou *de questions* non justiciables. La distinction est importante. Elle conduit à ce que les cours ne se refusent pas à entrer dans un domaine en particulier, lorsque cela est nécessaire d'y opérer un contrôle, au regard des circonstances. L'exemple du pouvoir de grâce est topique[2732]. Dans l'affaire *Bentley*, la *judicial review* a été ouverte contre le refus d'accorder la grâce à un individu, à titre posthume[2733]. La décision a d'ailleurs été déclarée illégale au motif que le ministre n'avait pas pris en compte toutes les considérations, et notamment la possibilité qu'il avait de moduler les effets de la grâce en ne l'accordant que partiellement. Toutefois, Watkins LJ semble affirmer que les critères posés par le ministre dans l'utilisation de ce pouvoir ne sont pas attaquables, car ils soulèvent un problème non-justiciable[2734]. Une solution similaire a été adoptée dans le domaine des relations internationales.

2729. *ibid*., p. 418.
2730. *ibid*., p. 398.
2731. HARRIS (B.V.), « Judicial review, justiciability and the prerogative of mercy », *CLJ* 2003, pp. 631-660 ; DALY (P.), « Justicability and the « political question » doctrine », *PL* 2010, pp. 160-178 ; McGOLDRICK (D.), « The boundaries of justiciability », *ICLQ* 2010, pp. 981-1019 ; ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 254-258 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 561-562.
2732. POLLARD (D.), « Judicial Review of Prerogative Power in the United Kingdom and France », notamment pp. 304-305 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit.* ; HARRIS (B.V.), « Judicial review, justiciability and the prerogative of mercy », *CLJ* 2003, pp. 631-660.
2733. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Bentley* [1994] QB 349.
2734. *ibid*. p. 359 et p. 363.

3. La détermination casuistique du caractère justiciable d'une question : le cas des actes pris dans le domaine des relations internationales

En principe, trois situations différentes peuvent apparaître au sein de ce qui est qualifiée de « doctrine des actes étrangers de l'État » (*doctrine of foreign acts of State*), qui constitue une branche des « actes d'État » et dont les cours ne peuvent en principe connaître : d'une part, il s'agit de la législation d'un État étranger ayant effet sur son propre territoire, et affectant les biens mobiliers et immobiliers ; d'autre part, les juges britanniques ne peuvent connaître d'un acte de l'exécutif pris sur le territoire de l'État concerné ; enfin, les actes pris par un État étranger en dehors de son territoire et que les cours doivent considérer comme non-justiciables[2735].

Toutefois, certaines limites apparaissent, ouvrant la possibilité d'une appréciation par les juges. Pour ce qui nous concerne, la troisième catégorie est celle qui retient l'attention en ce qu'elle peut impliquer le Royaume-Uni réagissant à un acte pris par un État étranger[2736]. Certaines exceptions ont pu être mises en évidence. Les juges adoptent une démarche fortement casuistique et pragmatique, et ce, afin de ne pas s'interdire, dans les cas les plus problématiques pour les individus, d'intervenir.

L'affaire *Abbasi* mettait en jeu la possibilité de contrôler le refus du ministre des Affaires étrangères de représenter et défendre un citoyen britannique enfermé dans la prison américaine de Guantánamo[2737]. La résolution se fait en trois temps. D'une part, Lord Phillips, rendant le jugement au nom de la Cour d'Appel[2738], rappelle que l'affaire *GCHQ* a pour conséquence de rendre inutile l'argument lequel le pouvoir utilisé est issu de la prérogative afin d'empêcher la *judicial review.*

2735. Cette classification ressort nettement d'une décision récente de la Cour Suprême, rendue sur deux affaires : *Rahmatullah (No. 1) v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 1 et *Belhaj v. Straw* [2017] UKSC 3, [11] et [35] – [45] (Lord Mance) et [121] – [123] (Lord Neuberger).Voir le commentaire publié dans la revue *Public Law* 2017, pp. 287-289, intitulé « Act of state and state immunity ».
De même, voir : SCOTT (P.), « The vanishing law of Crown act of State », *Nothern Ireland Legal Quaterly* 2015, pp. 367-387 ; NICHOLSON (M.), « The political unconscious of the English foreign act of state and non-justiciability doctrine(s) », *ICLQ* 2015, pp. 743-781.
La doctrine des « actes d'État » a deux versants : les actes pris par la Couronne dans ses relations avec les autres États ; et ceux pris par les États étrangers. Elle a été reconnue en jurisprudence par l'affaire *Buttes Gas and Oil Co v. Hammer (No. 3)* ([1982] AC 888).
GORDON (E.), « La théorie des « acts of State » en droit anglais », *RDP* 1936, pp. 5-40 ; McGOLDRICK (D.), *ibid*.
2736. En ce qui concerne les deux autres catégories, plusieurs limites ont été posées. Par exemple, les actes pris par un État étranger peuvent ne pas être reconnus valides s'ils violent un principe interne d'ordre public. Tel est le cas du décret pris par le Gouvernement de l'Allemagne nazie et privant certains juifs de leur nationalité allemande (*Oppenheimer v. Cattermole* [1976] AC 249), ou encore de la décision du gouvernement irakien de transférer, à son profit, l'aviation civile koweïtienne se trouvant sur son territoire (*Kuwait Corporation v. Iraqi Airways (No. 6)* [2002] 2 AC 883, [139] et [149] (Lord Hope)).
Sur ce thème, voir les jugements des Lords Mance et Neuberger dans *Rahmatullah (No. 1) v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 1 et *Belhaj v. Straw* [2017] UKSC 3**.**
2737. *R. (on the application of Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ 1598.
2738. Voir en particulier [68] – [106].

D'autre part, il précise que le gouvernement est totalement libre de fixer sa ligne politique dans le domaine des Affaires étrangères. Une telle question n'est pas justiciable, et ne peut faire l'objet d'un recours[2739]. Il ne revient pas aux juges de connaître de la position du Gouvernement britannique envers celui des États-Unis. En cela, la décision, en elle-même, de protéger ou non un ressortissant britannique a peu de chance de pouvoir être contrôlée par les juges[2740]. Enfin, la *judicial review* n'est pas totalement exclue. Les juges ne vont pas hésiter en l'espèce à qualifier d'arbitraire la détention du requérant par les autorités américaines. En somme, sa légalité est critiquée par les juges anglais. Lord Phillips précise ainsi : « lorsque les droits fondamentaux de l'homme sont en jeu, les cours de ce pays ne s'abstiennent pas de contrôler la légitimité des actions d'un État étranger »[2741]. De son analyse de la situation, il en découle qu' « il nous paraît impossible de considérer cette demande de judicial review autrement qu'en affirmant qu'en contradiction manifeste avec les principes fondamentaux reconnus dans les deux pays et par le droit international, M. Abbasi est en ce moment détenu arbitrairement dans un contexte de « vide juridique » »[2742]. De plus, concernant plus précisément la protection diplomatique, la *judicial review* est reconnue possible dans des cas extrêmes, notamment lorsque le ministre refuse, de façon automatique et sans raison, de prendre connaissance de l'affaire[2743]. Le Lord laisse ouverte la porte à d'autres hypothèses en précisant que tout dépend des faits et du contexte, rendant impossible l'établissement de principes directeurs concernant l'ouverture du recours[2744].

Plus récemment, Lord Dyson, dans l'affaire *Noor Khan* de 2014, rendu par la Cour d'Appel, précise que le principe de l'impossibilité de contrôler les « actes d'États étrangers » s'applique « sauf en cas de circonstances exceptionnelles. Une de ces exceptions est que le principe ne s'appliquera pas aux actes étrangers de la Couronne qui sont pris en violation manifeste des règles de droit international ou sont contraires aux principes d'ordre public anglais, ou encore constituent une violation grave des droits de l'homme »[2745]. Cette affirmation s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence *Abbasi*, et a été précisée très récemment par la Cour Suprême, dans un jugement concernant deux affaires. Le premier requérant et sa femme, opposants au régime libyen de Kadhafi avaient été enlevés en Chine puis envoyés en Libye où ils ont été détenus et torturés ; le second requérant avait été arrêté en Afghanistan et détenu par les forces armées britanniques en 2004, puis

2739. [99].
2740. [106] (iv.).
2741. [53].
2742. [64].
2743. [104].
2744. [105].
Dans les affaires *Rahmatullah (No. 2)* et *Belhaj v. Straw*, Lord Mance cite avec approbation la décision rendue dans *Abbasi* et déclare arbitraire la détention du requérant à Guantánamo (*ibid*., [99]).
2745. *R. (on the application of Noor Khan) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2014] EWCA Civ 24.

avait été transféré aux forces américaines, lesquelles l'ont détenu plus de dix ans sans procès, mais en lui infligeant, selon ses dires, des actes de torture et de mauvais traitements. Le Royaume-Uni est accusé de complicité pour les actes de détention et de torture subis par les requérants. La demande porte sur la responsabilité de l'État, et n'est donc pas un problème de *judicial review.* Toutefois, la problématique de la justiciabilité est similaire et repose sur des principes identiques. À cette occasion, Lord Mance note que la doctrine des « actes d'État » provient du droit interne anglais, et plus précisément de la *common law.* Cela signifie donc qu'il appartient aux cours anglaises d'en définir tant la substance que les limites ; or, le droit anglais protège les droits de l'homme et interdit la torture[2746]. Pour le Lord, la conclusion est simple : « je ne vois aucune raison devant empêcher le droit anglais de contrôler leur conduite (celle des États étrangers) lorsqu'il faut juger de demandes portant sur une autre partie n'ayant aucune immunité ici, et lorsque le comportement en cause implique des questions de détention indéfinie, combinées avec la négation de toute forme d'accès à la justice, et en prime, des actes de torture et de mauvais traitements sur un individu »[2747]. Rien n'interdit donc aux juges de connaître ici des affaires en cause : elles concernent le Royaume-Uni et portent sur une question de protection des droits de l'homme. Lord Neuberger considère lui aussi qu'une « exception d'ordre public » existe à l'injusticiabilité de ces actes lorsque le requérant affirme avoir été enlevé, détenu et torturé[2748]. Les Lords sont donc prêts à connaître, dans des cas exceptionnels, de situations considérées comme injusticiables *a priori*. C'est, qu'en fait, une telle qualification tient ici le rôle de présomption réfragable. Les circonstances de l'affaire, notamment le comportement de l'État étranger et les violations alléguées aux droits de l'Homme, peuvent justifier que les cours en connaissent.

Les juges refusent donc d'adopter une approche trop mécanique pour décider de la possible soumission d'une décision à la *judicial review.* Bien plus, leur méthode est concrète et casuistique, reposant avant tout sur les données et questions de chaque affaire. Ce qui est en cause, c'est la capacité et la légitimité des juges à opérer un contrôle en l'espèce. Telle est la raison d'être de la détermination de la justiciabilité d'une affaire[2749]. De cette approche, il découle une très grande

2746. [98].
2747. [99].
2748. *ibid*., [168].
Bien que rendant un jugement similaire, Lord Sumption fait reposer les exceptions à l'injusticiabilité sur un fondement plus étroit. Selon lui, ces actes peuvent faire l'objet d'un recours lorsqu'ils violent le droit des gens reconnu au niveau international, c'est-à-dire l'interdiction de la torture ou des détentions arbitraires. Un tel point de vue exclut les traitements inhumains ou les mauvais traitements que peut subir l'individu ([268] et [280]).
L'exception de la « règle d'ordre public » avait été posée antérieurement, ouvrant la possibilité de connaître d'un acte violant de façon flagrante les droits fondamentaux de l'Homme ou les principes du droit international : *Kuwait Corporation v. Iraqi Airways (No. 6)* [2002] 2 AC 883, [139] et [149] (Lord Hope).
2749. SUMMERS (R.), « Justiciability », *MLR* 1963, 530-538 ; WILLIAMS (D.G.T.), « Justiciability and the Control of Discretionary Power », pp. 103-122 in *Judicial Review of Administrative Action in the 1980s. Problems and*

difficulté à systématiser la jurisprudence. En effet, ces éléments vont avant tout dépendre de la nature du litige, des éléments le composant et de leur importance dans le cas d'espèce. L'injusticiabilité d'une question n'est pas une qualification opérée *a priori*, mais *a posteriori*, une fois l'affaire étudiée dans ses aspects concrets.

La conclusion ne doit cependant pas être poussée trop loin.

D'une part, il n'est pas question de dire que les juges peuvent décider, par exemple, de toutes questions concernant les relations internationales britanniques. Ainsi, ils ont d'ailleurs pu refuser de connaître d'une demande de *judicial review* dont le but était que les cours déclarent illégal l'envoi de troupes en Irak sans le consentement exprès de l'ONU[2750]. Relevant uniquement du droit international, et n'ayant aucun impact en droit interne, le litige ne peut être porté devant les juges britanniques. De même, dans l'affaire *Noor Khan*, le requérant était un pakistanais dont le père avait été tué par un drone américain, au Pakistan. La localisation avait été permise notamment par des informations communiquées par les services de renseignement britanniques (le GCHQ) aux autorités américaines. Le requérant souhait que, par voie de *judicial review*, soit déclarée illégale cette pratique en ce qu'elle constituait, au regard du droit anglais, une incitation et/ou une aide à la commission d'un meurtre[2751]. Lord Dyson va toutefois refuser la demande et déclarer les cours incompétentes[2752]. En effet, si la cour devait conclure à la complicité du Royaume-Uni pour meurtre, cela reviendrait en fait à faire le procès de l'attaque par drone des États-Unis. Il faudrait d'abord, pour les juges, déterminer que les forces américaines ont commis un meurtre, et donc un acte illégal[2753]. Or, deux motifs empêchent les cours d'en connaître. En premier lieu, étant un acte d'État étranger, il ne peut être contesté en droit anglais, sauf circonstances particulières, comme nous le relevions plus haut. En l'absence la réalisation des ces exceptions ici, la question n'est pas justiciable. En second lieu, et de façon plus critiquable[2754], Lord Dyson considère que même si les cours devaient en connaître, cela serait perçu par les autorités américaines comme une intrusion dans ses affaires, ce qui nuirait aux relations diplomatiques avec le Royaume-Uni[2755].

Prospects, sous la dir. de M. Taggart, *op. cit.* ; HARRIS (B.V.), « Judicial review, justiciability and the prerogative of mercy », *op. cit.* ; WALLINGTON (P.), « Discretion and Duty : the Limits of Legality », notamment pp. 128-135 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 15-22 ; McGOLDRICK (D.), « The boundaries of justiciability », *op. cit.* ; DALY (P.), « Justiciability and the « political question » doctrine », *PL* 2010, pp. 160-178.

2750. *R. (on the application of Campaign for Nuclear Disarmament) v. Prime Minister* [2002] EWHC 2777.

2751. La demande reposait sur les sections 44 à 46 du *Serious Crime Act* de 2007.

2752. Voir surtout : *R. (on the application of Noor Khan) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2014] EWCA Civ 24, [25] – [37].

2753. [37].

2754. Notamment, Lord Neuberger porte un regard sévère sur ce second argument : *Rahmatullah (No. 1) v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 1 et *Belhaj v. Straw* [2017] UKSC 3 : [124] (le Lord y cite une affaire de 2014, ne portant pas sur la *judicial review*, mais dont la citation est encore plus explicite), [131] – [132] et [148] – [149].

2755. *R. (on the application of Noor Khan) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2014] EWCA

D'autre part, même en admettant la possibilité d'un contrôle, celui-ci ne peut être que très restreint. Dans l'affaire *Al-Rawi,* Laws LJ précise que l'action des juges ne pourra, dans tous les cas, n'être que très superficielle, tant le pouvoir du Gouvernement est, en ce domaine, largement discrétionnaire[2756].

La méthode casuistique, principalement tournée vers le contexte, a ses limites. Elles découlent principalement de l'importance du domaine ici concerné : celui des relations internationales. Il apparaît difficile de renverser la présomption de non-justiciabilité, sauf éléments circonstanciels d'une extrême importance.

Néanmoins, grâce à cette approche casuistique, les juges ont pu dessiner plus précisément les contours des questions pouvant, ou non, faire l'objet d'une *judicial review.* La tendance est nettement à l'accroissement de la possibilité de contrôle. Nous l'avons vu concernant le droit de grâce, ou encore dans le domaine des relations internationales. Elle est identifiable également dans l'octroi des passeports, désormais soumis au contrôle des cours[2757]. De même, elles ont accepté une *judicial review* contre la ligne directrice du ministre, puisant sa source dans la prérogative, visant à renvoyer de l'armée les soldats homosexuels[2758]. La justiciabilité d'un domaine joue de moins en moins comme argument permettant d'exclure automatiquement et abstraitement la compétence des juges ; cette utilisation semble rester pertinente uniquement pour des décisions comme la dissolution du Parlement ou certaines décisions prises dans les relations internationales par le Royaume-Uni, et qualifiées d' « actes d'État de la Couronne », expression renvoyant aux décisions d'entrer en guerre, de faire la paix, de négocier des traités ou encore d'annexer et de céder des territoires[2759]. Et encore, cela ne signifie pas que les décisions d'exécution ou celles prises dans le

---

Civ 24, [37].

Cette prise en compte de l'impact sur les relations diplomatiques reflète, selon un auteur, la part « politique inconsciente » de la doctrine des actes d'État : NICHOLSON (M.), « The political unconscious of the English foreign act of state and non-justiciability doctrine(s) », *ICLQ* 2015, pp. 743-781.

2756. *R. (on the application of Al-Rawi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2006] EWCA Civ 1279, [140] et [148] (Laws LJ).

2757. *R. v. Secretary of State for Foreign Affairs, ex p. Everett* [1989] QB 811.

2758. *R. v. Ministry of Defence, ex p. Smith* [1996] QB 517.

2759. WILLIAMS (D.G.T.), « Justiciability and the Control of Discretionary Power », pp. 103-122 in *Judicial Review of Administrative Action in the 1980s. Problems and Prospects*, sous la dir. de M. Taggart, *op. cit.* ; HARRIS (B.V.), « Judicial review, justiciability and the prerogative of mercy », *op. cit.* ; McGOLDRICK (D.), « The boundaries of justiciability », *op. cit.* ; DALY (P.), « Justiciability and the « political question » doctrine », *op. cit.* ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 125-131.

Pour ce qui est de la liste des actes pris dans le cadre des relations internationales, elle est issue du jugement de Lord Pearson dans l'affaire *Nissan v. Attorney General* ([1970] AC 179, p. 237). Bien qu'elle n'était pas au cœur du litige, elle a été citée, et confirmée par Lady Hale, dans l'affaire *Rahmatullah (No. 1) v. Ministry of Defence* ([2017] UKSC 1, [7] et [19] – [22]). Ces « actes d'État de la Couronne » reposent sur la prérogative royale, et sont pris par la Couronne dans ses relations avec un État étranger ou les sujets de cet État ([2]). En ce qu'ils émanent des institutions du Royaume-Uni, ils se différencient des « actes d'État étranger » ([18] et [50] – [51] ; *Belhaj v. Straw* et *Rahmatullah (No. 2) v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [199] (Lord Sumption)).

cadre de ces actions ne pourront pas être contrôlées par les cours ; là encore, cela dépendra largement du contexte de l'affaire[2760]. Il apparaît en somme impossible, mais également inutile, voire contre-productif de proposer, pour les juges, un critère d'application de la doctrine des « actes d'État »[2761]. La flexibilité doit rester au cœur des jugements, afin de permettre, si nécessaire de connaître du plus grand nombre d'actes possibles.

La justiciabilité d'une question constitue donc plus la conclusion d'un raisonnement juridique, qu'une impossibilité totale de connaître d'un litige.

4. Une possible analogie avec les actes de gouvernement ?

La détermination de la justiciabilité d'une question afin d'ouvrir l'accès à la *judicial review* joue un rôle similaire à la théorie des actes de gouvernement. Elle permet de fixer une limite haute à la compétence des juges. En cela des similitudes peuvent être relevées (a.). Pour autant, l'approche des juges n'est pas la même, et une différence méthodologique apparaît, le Conseil d'État semblant moins enclin à entrer dans une appréciation concrète de la catégorie des actes de gouvernement (b.). Cette conclusion doit, en fait, être relativisée, le juge administratif adoptant une approche de plus en plus précise (c.).

a. L'existence de similitude entre la justiciabilité et les actes de gouvernement

On le voit, en ce sens, la prérogative royale entretient certaines similarités avec l'acte de gouvernement[2762] : ce sont des actes pris par le pouvoir exécutif, dans le domaine constitutionnel ou international, et dont les juges ne peuvent connaître. Plus précisément, dans les deux cas, leur mise en évidence conduit au constat d'incompétence de ces derniers. Ce qui le justifie, c'est l'incapacité dans laquelle se trouvent les juges pour contrôler l'acte ou résoudre la question. Cette analogie n'a

2760. *Rahmatullah (No. 1) v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 1, [15] (Lady Hale).
Par exemple : dans l'affaire *Al-Jedda v. Secretary of State for Defence*, la Haute Cour a considéré comme non justiciable la décision de détenir un Britannique, sur le sol irakien, dans le cadre de l'action armée de la coalition au motif que la participation à cette opération militaire était un acte d'État (*Al-Jedda v. Secretary of State for Defence* [2009] EWHC 397). La Cour d'Appel prend une décision différente et se considère compétente pour connaître de l'acte de détention, du fait de ses effets sur l'individu, et juge de sa légalité au regard de la Constitution irakienne. Elle se reconnaît d'ailleurs la compétence pour en interpréter les termes (*Al-Jedda v. Secretary of State for Defence* [2010] EWCA Civ 758).
2761. Voir en ce sens l'affirmation très claire de Lady Hale ([36]) et Lord Neuberger ([101] – [102]) dans *Rahmatullah (No. 1) v. Ministry of Defence* ([2017] UKSC 1).
2762. POLLARD (D.), « Judicial Review of Prerogative Power in the United Kingdom and France », *op. cit.* in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit.*

été rendue possible que par les jurisprudences anglaises *GCHQ* et *Datafin*. Auparavant, l'approche des juges basée sur la source des pouvoirs ne permettait pas, selon nous, une telle comparaison. L'impossibilité de contrôler des pans entiers de l'action du Gouvernement ne découlait pas de l'importance des questions soulevées. Elle provenait à la fois de l'incapacité des juges à contrôler ces actions avec une norme de référence, et du respect qu'ils pensaient devoir porter à la Couronne dans l'exercice de pouvoirs rattachés à sa souveraineté passée. L'incompétence des juges était fixée *a priori* et de façon abstraite, leur rôle se limitant à identifier l'existence d'une prérogative royale, et à déterminer si une loi ne l'avait pas abrogée ou remplacée.

Un autre point commun apparaît : que ce soit les actes de gouvernement ou encore les questions non justiciables, ce sont les juges qui en déterminent les contours et la substance. Ils expriment donc les limites qu'ils s'assignent à eux-mêmes. Deux conséquences en découlent. D'une part, ce sont bien les juges qui définissent leur propre champ de compétence. D'autre part, en s'imposant telle ou telle limite, ils expriment un point de vue sur leur propre office et ses frontières. Que l'acte soit considéré comme gouvernemental ou que la question ne soit pas justiciable, la qualification ressort d'une appréciation sur ce qu'ils peuvent ou ne peuvent pas faire ; sur ce qu'ils doivent ou ne doivent pas faire. Il apparaît clairement que, si la jurisprudence d'un côté ou de l'autre de la Manche, est si difficile à systématiser, c'est qu'elle est fluctuante et rétive à toute tentative de réduction à une logique claire et définie. Cet élément reflète, selon nous, cette idée importante qu'étant la limite haute de ce que peuvent faire les juges, les actes de gouvernement et les questions non justiciables ne peuvent qu'apparaître comme étant des qualifications contingentes, largement dépendantes de l'appréciation que porte le juge sur son propre office.

Ces deux éléments partagent donc des points communs indéniables : ils marquent une frontière du contrôle juridictionnel, avec le domaine constitutionnel et international, limitant leur compétence sur l'exécutif ; de plus, ils peuvent être considérés comme le reflet de l'appréciation portée par les juges sur leur office ; enfin, leur systématisation est difficile même si la tendance est, dans les deux ordres juridiques, à la diminution tant des actes de gouvernement qu'à l'injusticiabilité.

b. Une approche basée sur une différence méthodologique

Toutefois, une différence méthodologique quant à l'approche des juges est perceptible. Le juge administratif de l'excès de pouvoir, malgré une démarche casuistique, semble approcher la question d'une façon plus abstraite que le juge anglais. Pour preuve, il est possible en France de

parler d'une catégorie d'acte de gouvernement. Même si la division entre acte pris dans les rapports entre les institutions et actes pris dans les relations internationales est avant tout doctrinale, elle dénote la possibilité de lister les actions de l'exécutif qualifiées d'actes de gouvernement. C'est la nature de l'acte, et donc son rattachement possible à l'une ou l'autre des catégories mentionnées, qui justifie l'incompétence du juge[2763].

Une telle approche, doctrinale mais aussi jurisprudentielle, n'est ni possible ni pertinente en Angleterre. Nous l'avons vu, l'un des grands apports de la décision *GCHQ* est d'avoir rendu potentiellement attaquable tout acte pris sur le fondement de la prérogative royale, et même tout exercice direct de cette prérogative. Si Lord Roskill avait pu dresser une liste, celle-ci a depuis lors été remise en cause. Aujourd'hui, ce qui détermine la possibilité d'opérer une *judicial review* repose sur la reconnaissance par les juges du caractère justiciable de la question ou de l'affaire. Les exemples que nous avons donnés, surtout dans le domaine des relations internationales, démontrent que les juges anglais peuvent, tout au plus, considérer cette question par le biais de présomption : tel est le rôle de la doctrine des actes d'État étrangers. Mais, des exceptions existent, notamment en cas de violation flagrante du droit international ou des droits fondamentaux. Cela signifie bien qu'un acte n'est pas irrémédiablement considéré comme injusticiable ; cette qualification découle d'une conclusion propre aux éléments de l'affaire, et à la capacité des cours à en connaître. L'approche anglaise paraît alors plus concrète et encore plus casuistique que l'approche française.

Mais, là encore, il ne faut pas donner une trop grande portée à cette différence d'ordre méthodologique. En premier lieu, cela ne signifie pas que le juge anglais accepte facilement de connaître d'une affaire et exclue aisément le problème de l'injusticiabilité. Comme nous l'avons vu, dans le cadre des relations internationales, ce n'est que dans les cas extrêmes qu'il se reconnaîtra compétent. Cette soupape de sécurité n'a pas vocation à jouer fréquemment. Bien au contraire, elle permet aux juges de considérer des cas exceptionnels. De plus, lorsqu'ils admettent la *judicial review* dans un tel contexte, les juges seront assez réticents à porter une appréciation poussée sur la décision. La lecture des jugements dans l'affaire *Abbasi* et *Al-Rawi* le démontre : dans la première, et alors que la détention par les autorités américaines a été reconnue arbitraire, les juges ne sanctionnent pas le refus du ministre d'apporter son aide au requérant ; dans la seconde, et pour des faits similaires, Laws LJ précise qu'il suffit que le ministre se pose la question de savoir s'il doit ou non défendre l'individu, les juges ne pouvant apprécier les considérations qu'il prend en compte

2763. FAVOREU (L.), « Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement », voir pp. 611-613 in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, *op. cit* ; AUVRET-FINCK (J.), « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *op. cit.*, 141 ; CARPENTIER (E.), Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement », *op. cit.*, p. 801.

pour fonder sa décision. Si la justiciabilité d'une question pose de moins en moins de problèmes dans l'ouverture du recours, elle influe en revanche sur l'intensité du contrôle finalement opéré[2764].

c. Une différence à tempérer : la démarche casuistique et concrète du Conseil d'État

Bien plus encore, la méthode du Conseil d'État semble apparaître, sous certains aspects, bien plus fine que ce qu'un listage d'actes de gouvernement peut révéler. En premier lieu, l'utilisation de la théorie des actes détachables des relations internationales permet, en soi, une approche concrète et casuistique. De surcroît, dans certains cas, « la détachabilité peut se trouver très étroitement sous la dépendance des *circonstances de l'espèce*, au lieu d'être invariable ou, au moins, acquise »[2765].

En effet, la qualité d' « acte détachable » est définie par le juge, sans qu'aucun critère d'identification ne puisse véritablement ressortir de la jurisprudence[2766]. Le Conseil d'État a admis que l'appréciation à porter sur la qualité des services de police dans leur mission de protection apportée à un ambassadeur « était en l'espèce détachable » des relations diplomatiques[2767] ; de même, la fermeture d'un poste diplomatique pour des motifs d'ordre administratif et financier est détachable des relations diplomatiques, démontrant qu'*a contrario* le même acte pris pour des raisons différentes pourrait être indissociable de ces mêmes relations[2768] ; à l'inverse, un décret ne faisant qu'exécuter strictement une résolution du Conseil de sécurité des Nations-Unies en mettant en œuvre les mesures qu'elle contenait, et notamment l'interdiction de commercer avec la Libye dans le domaine de l'ingénierie aéronautique, la veille de la date butoir de son exécution, conduit le Conseil d'État à conclure que « dans les circonstances où elle a été prise, la décision attaquée n'est pas détachable de la conduite des relations internationales de la France »[2769]. La qualification d'un acte comme étant détachable, ou non, « traduit tout simplement l'état des relations existant à un moment donné entre, d'une part, l'autorité juridictionnelle et, d'autre part, l'exécutif et le législatif », et donc en conséquence elle est « tributaire des progrès constants du principe de légalité »[2770]. Cette

2764. WILLIAMS (D.G.T.), « Justiciability and the Control of Discretionary Power », *op. cit.* in *Judicial Review of Administrative Action in the 1980s. Problems and Prospects*, sous la dir. de M. Taggart, *op. cit.* ; HARRIS (B.V.), « Judicial review, justiciability and the prerogative of mercy », *op. cit* ; McGOLDRICK (D.), « The boundaries of justiciability », *op. cit.* ; DALY (P.), « Justiciability and the « political question » doctrine », *op. cit*.
2765. AUVRET-FINCK (J.), « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *op. cit.*, p. 139-141 ; CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit*., p. 957 (C'est l'auteur qui souligne).
2766. Voir sur ce point les conclusions du commissaire du Gouvernement Genevois dans l'affaire *Vo Thanh Nghia* : CE, Sect., 22 décembre 1978, *Vo Thanh Nghia*, rec. 523, *AJDA* 1979, pp. 36-39, concl. B. Genevois.
2767. CE, Sect., 29 avril 1987, *Consorts Yener et consorts Erez*, rec. 151.
2768. CE, 19 octobre 2005, *Castella*, rec. t. 691 ; *AJDA* 2005, pp. 2349-2552, note Y. Gounin.
2769. CE, 29 décembre 1997, *Société Héli-Union*, rec. 501.
2770. AUVRET-FINCK (J.), « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *op. cit.*, p. 141.

détermination révèle parfois une opération plus fortement casuistique et concrète, induisant une certaine proximité avec le juge anglais.

En second lieu, une partie de la doctrine constate, tout autant qu'elle incite à son développement, un mouvement de réduction des actes de gouvernement au profit de la protection des droits des individus[2771]. Il peut être en effet difficile d'identifier une telle tendance, de par la concision des développements des arrêts du Conseil d'État notamment dans ce domaine. Toutefois, cela n'empêche par ces auteurs de voir dans l'extension de son contrôle une volonté de protéger le droit à un recours effectif, ou plus généralement la situation individuelle des requérants. Le commissaire du Gouvernement Scanvic a, par exemple, utilisé cet argument dans ses conclusions sur l'affaire *Bonn*, en relevant que si le Conseil d'État devait se déclarer incompétent, cela conduirait à « priver le coopérant d'un juge pour connaître et régler son problème »[2772]. Grâce à une telle prise en compte, le juge de l'excès de pouvoir peut adapter l'utilisation de la catégorie des actes de gouvernement au cas d'espèce. Celle-ci se révèle dans ce cas bien plus dépendante des données et circonstances d'une affaire qu'un simple listage le laisse paraître. Il faut regretter à nouveau ici la trop grande brièveté de la rédaction des jugements ne permettant pas d'identifier avec certitude le mouvement relevé par la doctrine[2773]. Néanmoins, la réduction des actes de gouvernement s'opère dans un contexte de protection plus forte des droits des individus. Il serait étrange que ces deux tendances soient parallèles et n'aient aucun rapport entre elles. Tout du moins, la première participe de la seconde ; de même, la seconde justifie et légitime la première.

L'appréciation plus concrète et casuistique du Conseil d'État à travers la prise en compte des circonstances démontre qu'à l'instar du juge anglais et de son utilisation de la notion de « justiciabilité », la qualification d'acte de gouvernement peut résulter d'un raisonnement sur l'espèce et non d'une détermination *a priori*. Le juge de l'excès de pouvoir gagnerait sûrement à s'inspirer de la méthode du juge anglais, et à généraliser l'approche plus précise qu'il développe dans certains cas par la voie des actes détachables. La logique des solutions retenues en Angleterre notamment vis-à-vis de l'octroi des passeports ou encore des actes d'État de la Couronne nous parait, à ce titre, très instructive : les lignes générales de l'action ne peuvent être contrôlées, mais les actes d'exécution, ou pris dans le cadre de cette action, étant souvent des actes individuels, peuvent

2771. AUVRET-FINCK (J.), *ibid.* ; CARPENTIER (E.), « L'« acte de gouvernement » n'est pas insaisissable », *op. cit.*, pp. 666-667 ; « Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement », *op.cit.*, pp. 803-805 ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 192-194.
2772. CE, Sect., 14 mai 1993, *Ministre de la coopération c. Bonn*, rec. 153 ; *RFDA* 1994, pp. 520-527, p. 523 concl. F. Scanvic.
2773. Pour une critique et des propositions d'évolutions voir *supra* : Partie I, Titre I, Chapitre I, Section III, III, B.

être considérés comme justiciables. Cette position reflète une forme de généralisation de l'acte détachable, ce dernier étant un acte d'exécution pouvant affecter les individus. Une telle approche permettrait au juge de ne pas s'interdire, si nécessaire, de veiller à ce que l'exécutif respecte *a minima* certaines obligations : il pourrait s'agir de garanties procédurales, mais aussi de veiller à la protection plus efficace des droits fondamentaux.

Les jurisprudences française et anglaise démontrent la capacité des juges à étendre leur contrôle au-delà des frontières qu'ils ont pu eux-mêmes se fixer. Par le biais d'une approche bien plus concrète et casuistique, ils affinent leur appréciation des circonstances et adaptent le champ des recours en conséquence. La soumission de la prérogative royale au juge anglais pose toutefois une difficulté particulière, d'ordre théorique.

L'extension de la *judicial review* sur des actes ne découlant pas d'un pouvoir octroyé par la loi met à mal la théorie de l'*ultra vires*. Les affaires *CGHQ* et *Datafin* ont entraîné les premières contestations doctrinales d'importance contre cette dernière. Les premiers coups ont été portés par Dawn Oliver, concluant sur cette décision des Lords que sa « conséquence évidente est que la judicial review n'est pas uniquement fondée sur des principes d'interprétation législative (ou autre) mais sur l'application de certains principes généraux de bonne administration dans l'exercice du pouvoir »[2774]. En distendant le lien entre loi et *judicial review*, les juges ont ouvert la porte à un renouvellement doctrinal. Le fondement du rôle des juges sera alors recherché ailleurs. C'est dans la *common law* que sera recherchée l'alternative à la volonté du Parlement, obligeant à la modification de la doctrine de l'*ultra vires*.

*B. Des évolutions entraînant une réécriture de la théorie de l'*ultra vires *: l'*ultra vires *modifiée*

Il n'est pas ici question de revenir en détail sur la théorie dont les grands traits ont déjà été esquissés[2775]. En résumé, elle se fonde sur trois idées fortes : le Parlement est toujours souverain ; la *judicial review* ne peut donc se justifier qu'au regard de ce principe ; les développements de la jurisprudence sont justifiés par l'intention générale du Parlement (1.). À l'appui de leur doctrine, les auteurs peuvent se prévaloir de nombreuses jurisprudences (2.). Ce recalibrage théorique de la *judicial review* a vocation à expliquer et justifier les évolutions fondamentales connues ces

2774. OLIVER (D.), « Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review ? », pp. 5-27, p. 6 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit*.
2775. Voir *supra* et la bibliographie mentionnée : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I, II.

dernières décennies par l'ordre juridique anglais. Il permet de prendre acte et de légitimer les nouveaux aspects du rôle des juges.

1. Les principes de l'*ultra vires* modifiée : le rattachement fictif à la volonté du Parlement

La souveraineté du Parlement, en son acception traditionnelle, n'est plus défendable à la suite de l'affaire *Factortame* et *Thoburn*. L'abrogation implicite n'est plus appliquée systématiquement, afin de défendre des normes considérées comme constitutionnelles, et il pèse sur le législateur des limites d'action matérielles, illustrées par le nécessaire respect des normes communautaires. Toutefois, pour les défenseurs de l'*ultra vires* modifiée, ces évolutions ont toutes été faites en référence à la volonté du Parlement, soit directement, soit indirectement. Directement, pour ce qui est du droit de l'Union européenne, par le biais de la loi de 1972 ; indirectement, concernant les lois constitutionnelles, puisque le Parlement est réputé toujours pourvoi les remettre en cause, s'il le souhaite, de façon expresse. En cela, aucune limite ne pèse sur le Parlement qui ne découle pas de sa volonté ou que sa volonté ne pourrait remettre en cause.

Dès lors, et c'est la deuxième idée, la *judicial review* ne peut s'expliquer et se justifier qu'au regard de ce principe. Celui-ci reste la base de l'ordre juridique. Le contrôle des juges ne peut ni aller contre, ni être à l'écart. Il *faut* donc le justifier par rapport à lui. Nous employons le terme « falloir » à dessin. Ce n'est pas une option, mais bien une obligation pour les tenants de la théorie de l'*ultra vires* modifiée[2776]. Christopher Forsyth et Mark Elliott notent ainsi : « c'est seulement si le Parlement est incompétent pour suspendre ou modifier les principes de bonne administration que le raisonnement fondé sur l'*ultra vires* peut être rejeté »[2777]. Or, en analysant la jurisprudence *Thoburn*, ces deux auteurs en concluent que les limites découlant de la *common* law sont avant tout formelles et non matérielles : il n'est pas interdit que le Parlement décide telle ou telle chose ; mais certaines de ses décisions ont des conséquences importantes qu'il se doit d'assumer en exprimant clairement sa volonté en ce sens[2778]. Cette reformulation des pouvoirs du Parlement est qualifiée de « nouvelle vision » de la souveraineté : rien n'est interdit sur le fond, mais sur la forme, pour certaines situations, le législateur doit suivre certaines prescriptions, comme utiliser des termes clairs et

2776. ELLIOTT (M.), « The demise of Parliamentary sovereignty ? The implications for justifying judicial review », *LQR* 1999, pp. 119-137 ; *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford, 2001, 260 pages, p. 42.
2777. FORSYTH (C.) et ELLIOTT (M.), « The legitimacy of judicial review », *PL* 2003, pp. 286-307 (Ce sont les auteurs qui soulignent).
2778. *ibid*., pp. 296-299.
Voir également : ELLIOTT (M.), « The demise of Parliamentary sovereignty ? The implications for justifying judicial review », *op. cit*.

exprès[2779]. Elle ne s'applique pas uniquement dans le cadre de la jurisprudence *Thoburn* mais légitime toutes les restrictions au pouvoir du Parlement. La jurisprudence *Miller*, en confirmant la possibilité d'abroger le *European Communities Act*, exprime également cette « nouvelle vision »[2780]. En posant cette condition formelle, les juges souhaitent obliger le Parlement à clairement supporter le coût politique d'une telle manifestation de volonté[2781]. Il doit assumer son choix devant l'opinion. Tant que le principe cardinal du droit anglais reste celui-ci, les développements jurisprudentiels ne doivent pouvoir s'expliquer que par rapport à lui. Cela permet de concilier le pouvoir de création des juges et la souveraineté du Parlement via son intention[2782].

Cette justification n'est pas différente de celle structurant la doctrine classique de l'*ultra vires*. Ce qui change, c'est que le contrôle de *judicial review* ne porte plus uniquement sur le respect des obligations posées dans telle ou telle loi. L'extension du champ d'action des juges, et le développement d'autres normes de contrôle, ne peuvent se raccrocher à la loi X ou la loi Y, présente dans un litige. Ce qui explique le développement des principes dits « de bonne administration »[2783], (c'est-à-dire le contrôle de la rationalité, des principes de *natural justice*...) issus de la *common law*, c'est l'intention générale du Parlement. C'est la troisième idée. Alors qu'il peut les remettre en cause (car ultimement il est souverain), il ne le fait pas ; dans ce cas, cela signifie qu'il a entendu légiférer en les respectant ; en cela, les principes de bonne administration s'intègrent à la définition des pouvoirs octroyés par le Parlement à l'administration. Si le Parlement décide de régir en particulier

2779. ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 82-83.
Sur cette théorie : WADE (W.), « The Basis of Legal Sovereignty », *op. cit.* ; CRAIG (P.), « Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame », *Yearbook of European Law* 1991, pp. 221-255, pp. 222-233 ; « Public Law, Political Theory and Legal Theory », *PL* 2000, pp. 211-239, notamment pp. 212-230 ; GUIGUE (A.), « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *op. cit.*, pp. 602-605.
2780. *R. (on the application of Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, [60] : Lord Neuberger rappelle que les effets de l'appartenance à la construction européenne se sont fait particulièrement ressentir à partir de l'affaire *Factortame*. Il précise toutefois : « bien sur, en accord avec le principe de la souveraineté parlementaire, cet ensemble de cas sans précédent n'existera qu'aussi longtemps que le Parlement le souhaite : la loi de 1972 peut être abrogée comme toute autre loi. En cela, nous ne pouvons pas admettre que ce qui est appelé la règle fondamentale de reconnaissance (c'est-à-dire la règle fondamentale en vertu de laquelle toutes les autres règles sont valides) structurant le droit britannique ait été remise en cause par la loi de 1972 ou serait modifiée par son abrogation ». Le Lord tempère les effets de l'appartenance à l'Union européenne en ramenant cela à un acte de volonté du Parlement, qu'une volonté contraire de sa part, clairement exprimée, peut remettre en cause à tout moment.
2781. Cela est parfaitement accepté par Lord Hoffmann dans l'affaire *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Simms* ([2000] 2 AC 115, p. 131).
2782. ELLIOTT (M.), « The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting : Still the Central Principle of Administrative Law », pp. 83-109 notamment p. 108, « Legislative Invention Versus Judicial Creativity ? Administrative Law as a Co-operative Endeavour », pp. 341-369 et FORSYTH (C.), « Heat and Light : A Plea for Reconciliation », pp. 393-409, voir pp. 403-404 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit*.
Pour un point de vue similaire d'un des juges de la Cour Suprême, à propos de la protection des droits et du respect de la Convention européenne : Lady Hale, « Common law and Convention law : the limits to interpretation », *EHRLR* 2011, 534-543.
2783. La première utilisation de cette expression est attribuée à Galligan : GALLIGAN (D.J.), « Judicial Review and the Textbook Writers », *OJLS* 1982, pp. 257-276, p. 261.

une question, la *common law* doit céder le pas. Mais la proposition inverse tient également[2784]. Cela traduit l'idée de Christopher Forsyth selon laquelle le Parlement « peut être raisonnablement entendu comme ayant accepté la créativité du rôle des juges »[2785]. Plus loin il soutient encore : « personne ne peut être innocent au point de penser que la créativité des juges ne forme pas une partie de la judicial review ; mais en adhérant à la doctrine de l'ultra vires les juges montrent qu'ils acceptent leur propre position constitutionnelle et reconnaissent que le Parlement est libre d'écarter les principes de judicial review développés par les juges »[2786]. Cette logique est également appliquée lorsqu'est en cause la prérogative royale. Bien que ne découlant pas d'une loi au sens strict, Mark Elliott dresse une analogie concernant le contrôle de *judicial review* : que le pouvoir découle de la loi ou de la prérogative royale, les juges ont pour mission d'en définir l'étendue, si besoin en ayant recours aux principes de *common* law[2787]. Cette assimilation permet de justifier l'extension de la *judicial review* dans ce domaine, sans recours à l'intention du Parlement. D'un point de vue général, la loi, expression de la souveraineté du Parlement, reste fondamentale. Si l'*ultra vires* classique centrait la focale avant tout sur ce qu'elle disait, l'*ultra vires* modifiée s'intéresse à ce qu'elle ne dit pas, en ce qu'elle ne remet pas en cause comme principes de *common law*[2788].

2. Une idée bien présente en jurisprudence

Pour justifier leur théorie de l'*ultra vires* modifiée, les professeurs Elliott et Forstyh invoquent un grand nombre de jurisprudences.[2789] En effet, les jugements reposent très fréquemment sur l'interprétation de la loi. Il n'est pas nécessaire ici de rentrer trop dans les détails, les développements précédents ont déjà suffisamment démontré ce point : le droit international non incorporé a une influence par la voie de l'interprétation de la loi ; le droit de l'Union européenne produit ses effets en droit interne du fait de la loi ; le *Human Rights Act* met l'interprétation de la loi au cœur de son mécanisme de respect de la Convention ; les principes substantiels de *judicial*

2784. ELLIOTT (M.), « The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting : Still the Central Principle of Administrative Law », *op. cit.*, p. 92.
2785. FORSYTH (C.), « Of Fig Leaves and Fairy Tales : The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review », pp. 29-46, voir p. 41 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit*.
2786. FORSYTH (C.), *ibid.*, p. 42.
Dans un autre article, il affirme : « lorsque les cours utilisent les principes de common law pour diriger leur développement de la judicial review elles font ce que le Parlement attend d'elles » : FORSYTH (C.), « Heat and Light : A Plea for Reconciliation », notamment p. 397 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit.*
2787. ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 175-186.
2788. *ibid*., pp. 299-306.
2789. FORSYTH (C.) et ELLIOTT (M.), « The legitimacy of judicial review », *PL* 2003, pp. 286-307, pp. 299-307 ; ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 97-163.

review s'appuient sur une construction de l'intention du Parlement[2790]. Sur ce dernier point, les auteurs rappellent que, dans la jurisprudence *Padfield*, Lord Reed, constatant que la loi octroie un pouvoir discrétionnaire *a priori* illimité au ministre, par le biais d'une clause subjective, précise : « il est nécessaire d'inférer d'une construction de la loi, lue dans son ensemble […] que le pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité, et qu'il doit être utilisé par le ministre de façon compatible avec l'intention de la loi lui octroyant ce pouvoir »[2791]. Les auteurs s'appuient aussi sur un passage du jugement de Lord Bridge dans l'affaire *Lloyd v. McMahon*, dans lequel il est affirmé que les principes procéduraux de *natural justice* peuvent varier notamment en fonction du contexte législatif de l'affaire[2792]. De façon similaire, Lord Russell a affirmé qu' « il doit être entendu, sauf si le contraire apparaît, que le Parlement n'a pas autorisé, par la loi, l'exercice des pouvoirs en violation des principes de justice naturelle, et que le Parlement rend obligatoire par la loi […] le respect de ces principes »[2793]. Toutefois, et par respect pour la souveraineté du Parlement, les règles procédurales « ajoutées » par les juges doivent l'être après le constat d'une carence dans la loi et ne doivent pas empêcher la loi d'atteindre le but qu'elle vise[2794].

En somme, les principes de *common law* peuvent suppléer une carence dans les dispositions de la loi. C'est exactement ce qu'implique la présomption générale attribuée au Parlement. Selon la loi en cause, celle-ci sera soumise « à une forme d'interprétation constitutionnelle conduisant à la mise en œuvre de principes de bonne administration fondés sur la rule of law »[2795]. On retrouve cette idée dans la jurisprudence *Page*, et plus précisément dans les propos de Lord Brown-Wilkinson : « lors de ces quarante dernières années, les cours ont développé les principes généraux de la judicial review. Le principe fondamental est que les cours vont intervenir pour veiller à ce que les pouvoirs des autorités publiques décisionnaires soient exercés légalement. Dans tous les cas […] cette intervention par voie de prohibition ou de certiorari est fondée sur l'idée que les pouvoirs ont été conférés à l'autorité décisionnaire sur le fondement d'une présomption selon laquelle les pouvoirs sont exercés dans les limites dans lesquelles ils ont été octroyés, en accord avec des procédures justes, et raisonnablement, au sens de la Wednesbury »[2796]. On perçoit l'idée de base de l'*ultra vires*

2790. Nous renvoyons aussi aux propos des juges, relevés antérieurement, et réaffirmant leur attachement à la souveraineté du Parlement.
2791. *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] AC 997, p. 1034.
2792. *Lloyd v. McMahon* [1987] AC 625, pp. 702-703 ; *R. v. Home Secretary, ex p. Abdi* [1996] 1 WLR 298, p. 313 (Lord Lloyd) ; *Bank Mellat v. HM Treasury* [2013] UKSC 39, [35] (Lord Sumption).
2793. *Fairmount Investments Ltd v. Secretary of State for the Environment* [1976] 1 WLR 1255, p. 1263.
2794. *Wiseman v. Borneman* [1971] AC 297, p. 308 (Lord Reid).
2795. FORSYTH (C.) et ELLIOTT (M.), « The legitimacy of judicial review », *op. cit.*, p. 304.
2796. *R. v. Lord President of the Privy Council, ex p. Page* [1993] AC 682, p. 701.
Une idée tout à fait similaire est exprimée, dans une autre affaire, par le juge Griffiths : « maintenant il est admis que le Parlement ne peut jamais être considéré comme ayant conféré une autorité créée par la loi un pouvoir permettant d'agir de mauvaise foi ou d'abuser de ses pouvoirs. Lorsque la cour affirme qu'elle intervient si cet organe a agi de mauvaise fois, cela revient à dire, différemment, que cet organe a agi en dehors du pouvoir conféré par le Parlement. Bien sûr, il est souvent difficile de déterminer l'étendue précise du pouvoir conféré par la loi lorsqu'il s'agit d'un pouvoir

modifiée : en conférant les pouvoirs à un organe, les limites découlant de la *common law* sont présumées acceptées et incluses dans la délégation. Dans la jurisprudence *Kruse v. Johnson*, qui a servi de référence à Lord Reid dans son jugement dans *Wednesbury*, Lord Russell relevait qu'après avoir constaté l'un des vices pouvant rendre une décision déraisonnable, « la cour peut très bien affirmé « le Parlement n'a jamais entendu donné le pouvoir de prendre de telles règles ; elles sont déraisonnables et prises en excès de pouvoir » »[2797].

En résumé, pour Mark Elliott et Christopher Forstyh, les juges sont face à deux situations : soit la loi est assez précise et complète, et alors les juges contrôlent la légalité de la décision administrative à son égard ; soit elle manque de précision et les juges utilisent alors les principes de *common law* pour opérer leur contrôle, afin d'éviter que l'administration ne prenne des décisions violant l'ordre juridique[2798]. Les principes de *common law* sont inclus dans la définition même du pouvoir de l'autorité. Les violer, c'est dépasser le champ de la délégation octroyée par le Parlement ; cela revient à agir *ultra vires* et donc illégalement. En cela, la théorie de l'*ultra vires* modifiée n'a pas vocation à enfermer le rôle des juges dans un carcan. Elle admet parfaitement la création de principe et le développement de la *judicial review* par les cours elles-mêmes.

Ces deux auteurs, bien que reconnaissant tous les deux le caractère fictif du rattachement des principes de bonne administration à l'intention du Parlement, en défendent pourtant l'utilité. Seule cette fiction permet de légitimer le rôle des juges, car il est nécessaire que ceux-ci reçoivent l'approbation du détenteur de la souveraineté. Elle est implicite, et indirecte. Toutefois, elle est fréquemment rappelée par les juges eux-mêmes lorsqu'ils justifient telle ou telle solution par le recours à l'interprétation de la loi.

---

discrétionnaire et c'est sur ce sujet que les cours se sont le plus penchées dans les nombreuses décisions ayant développées notre droit administratif depuis la guerre » (*R. v. Commission for Racial Equality, ex p. Hillingdon LBC* [1982] QB 276, pp. 299-300).
Lord Diplock tiendra un propos similaire lorsque l'affaire sera portée devant la Chambre des Lords : *R. v. Commission for Racial Equality, ex p. Hillingdon LBC* [1982] AC 779, p. 787.
2797. *Kruse v. Johnson* [1898] 2 QB 91, p. 100.
2798. *ibid*., pp. 305-306.

Conclusion du Chapitre II

Ces dernières décennies ont permis un développement important du rôle des juges français et anglais. Le contrôle de l'administration s'est étendu et les juges ont diversifié les cas d'ouverture, tout en affinant leur analyse. L'extension du champ des recours met en lumière l'approche casuistique utilisée des deux côtés de la Manche. Mais, quant aux cas d'ouverture, une différence apparaît. Très tôt le Conseil d'État a su entrer dans l'appréciation de la substance des décisions, sans pour autant abandonner un contrôle plus procédural et formel. D'un point de vue conceptuel également, le juge dispose de cas d'ouverture systématisés et, *a priori*, clairement identifiés. En revanche, cette étape a été difficile à franchir pour le juge anglais. Historiquement développée sur la procédure d'adoption des actes, la *judicial review* a eu des difficultés à permettre aux juges de s'intéresser au fond des décisions et des appréciations des autorités publiques. Encore aujourd'hui, le contrôle de l'irrationalité, très présent dans la jurisprudence, marque cette limite semblant irréductible, et plaçant la frontière entre légalité et *merits* à un niveau ne permettant pas un contrôle similaire à celui du juge administratif français. Toutefois, ces évolutions dénotent un éloignement entre le rôle réel des juges et celui qui leur est attribué par l'ordre juridique, qui en fait de simples agents de la loi. Néanmoins, l'office du juge anglais est encore en pleine mutation. La question de la reconnaissance d'un contrôle général de proportionnalité en *common law* est au cœur des débats.

Conclusion du Titre I

L'enrichissement normatif qu'ont connu le droit français et le droit anglais, notamment sous l'impulsion des juges, a profondément modifié le rôle que ces derniers tiennent. Ils ne sont plus agents de la loi, au service d'une conception *stricto sensu* de la légalité. Aujourd'hui, de plus en plus de normes ont vocation à être appliquées à l'administration, au terme d'un contrôle toujours plus étendu. Deux enseignements en ressortent.

En premier lieu, ces évolutions se sont faites dans des cadres différents. La Constitution de 1958 a octroyé au Conseil d'État de nouvelles missions dont il a parfois eu du mal à se saisir. Aujourd'hui, il apparaît plus en phase avec les exigences constitutionnelles, le conduisant à soumettre l'administration à un droit de plus en plus riche. Les juges anglais, s'ils ont pu s'appuyer sur certaines lois « sectorielles » comme le *European Communities Act* et le *Human Rights Act*, ont également su construire un nouveau statut pour certaines lois, ou incorporer certaines normes notamment internationales. Le respect d'une certaine tradition juridique, tournant autour de la souveraineté du Parlement, a obligé les juges à continuellement y faire référence, tout en la déformant.

En second lieu, la tendance est bien commune et similaire : les juges appliquent « plus » de droit mais ils l'appliquent également mieux en approfondissant leur contrôle. L'administration se trouve soumise à de plus grandes exigences, provenant tant de nouvelles normes textuelles que de la jurisprudence elle-même. Les juges ont su profiter des évolutions normatives, mais également les provoquer, dans le but de mieux contrôler les pouvoirs de l'administration.

Ainsi, les juges français et anglais ne peuvent être décrits comme veillant au respect de la légalité qu'au prix d'une définition *lato sensu* de ce terme. En cela, ils ne sont pas uniquement les agents du Parlement, mais plus largement de l'ensemble de l'ordre juridique. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils subissent ces évolutions. Bien souvent, ils les accompagnent, les accroissent ou encore peuvent en être le moteur. Ils participent grandement à la définition de leurs compétences et de leur rôle. Globalement, la tendance identifiée en doctrine est claire : les juges ont de plus en plus vocation à protéger les individus. Toutefois, ce serait oublier qu'ils prennent également en compte les spécificités de l'action administrative. Leur rôle est donc de garantir un certain équilibre.

Titre II. La mise en balance, fondement et méthode du rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative

Faire du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* des recours permettant un contrôle de la légalité de l'activité administrative ne permet pas d'illustrer véritablement toutes les dimensions de l'office des juges. La « légalité » a une dimension abstraite bien trop forte : elle est utile pour justifier le rôle des juges, mais elle ne peut pertinemment en refléter la méthode concrète de contrôle. Or, l'accroissement des normes composant l'ordre juridique induit nécessairement que leur respect affecte le travail juridictionnel. Ce, d'autant plus, que nombre d'entre elles ont une vocation précise : reconnaître des droits aux individus. Dès lors, leur invocabilité et leur opposabilité à l'action administrative ne pouvaient rester sans impact. Les juges, moyen privilégié de respect du droit, constituent le premier vecteur dans la protection de ces nouveaux droits. Mais, cette nouvelle mission est également soumise à des contraintes, d'une part d'ordre théorique et d'autre part d'ordre pratique. Quant aux premières, il est nécessaire de toujours rechercher une légitimité au rôle des juges. Accroître les droits ne conduit pas irrémédiablement à faire du juge la figure de proue de leur protection. Ce rôle doit être justifié et légitimé. Quant aux secondes, elles mettent sous tension la nature même des recours ici étudiés : la question qui se pose est alors celle de leur adaptation aux nouveaux enjeux ainsi introduits.

Les juges ayant à connaître des recours pour excès de pouvoir et *judicial review* se sont trouvés mis en face d'un problème épineux : adapter leur office à cette nouvelle mission. Pour ce faire, c'est tant à un renouvellement théorique que matériel qu'il a fallu procéder. Les juges ont donc orienté leurs jurisprudences vers une meilleure reconnaissance et une meilleure protection des droits par l'inscription de leur rôle au sein des concepts d'État de droit et de *rule of law* (Chapitre I).

Cette évolution a permis un profond renouvellement du rôle des juges. Néanmoins, et contrairement à ce qu'une partie croissante de la doctrine tend à affirmer, le juge de l'excès de pouvoir et celui de *judicial review* ne sont pas pleinement tournés vers la mission de protection de droits. En effet, leur rôle, défini par les exigences propres au droit administratif, est avant tout de mettre en balance les différents éléments composant les affaires à régler. Si le respect du droit et la protection des individus en font partie, il n'est pas réductible à eux. Aux prises avec l'action administrative, ils vont la prendre en compte dans l'élaboration de leur solution. C'est seulement en admettant explicitement cela qu'il est possible de définir ce qu'est vraiment la mission de ces juges au sein des ordres juridiques français et anglais : celle d'une recherche casuistique et pragmatique

d'une solution à chaque cas par la mise en balance des éléments. Le rôle des juges peut alors être légitimé et les limites perceptibles être traduites en une forme de souplesse envers les exigences pesant sur l'administration qu'il n'est pas toujours nécessaire de critiquer (Chapitre II).

Chapitre I. Le développement du contrôle juridictionnel dans un but de protection des droits : le renouvellement du rôle des juges

La promotion d'une nouvelle mission assignée aux juges français et anglais de la légalité découle d'un même phénomène : l'individualisme[2799]. Dans une acception non péjorative, l'individualisme renvoie à la promotion de l'individu, et à la préservation de son existence au sein de la société. La prise de conscience qui a saisi les États à la suite des crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale s'est répercutée avec une ampleur particulière en droit. « Produit de l'époque moderne », les droits de l'homme apparaissent comme un rempart contre les errements de l'action publique[2800]. Dès lors, la nécessité de mieux protéger l'individu contre l'État a été au cœur des attentions. La limitation et le meilleur contrôle de l'action en sont les corollaires nécessaires. La lutte opposant l'État – Goliath – contre l'individu – David – s'est traduite par une volonté d'amélioration des garanties des droits. Les mécanismes de contrôle politique n'auront pas suffi à remplir cette fonction. Seuls, ils ne peuvent permettre une réglementation complète et efficace de l'action administrative. Pour filer la métaphore mythologique, le droit public, telle une fronde, se devait d'atteindre ce but : défendre le faible contre le fort. En cela, il va permettre de réaliser « cette mentalité individualiste [qui] reproduira le mythe de Prométhée, comme expression d'une espèce humaine qui peut tout réaliser, qui peut déployer un pouvoir et un savoir qui permet à l'homme de rivaliser avec Dieu, et qui le transforme en « microcosmos opératif », débordant de confiance en soi »[2801].

La protection par le droit va devenir un idéal. Sous l'effet des théories libérales, le droit public va être renouvelé. Il n'apparaîtra plus uniquement comme un droit de limites pour l'administration, mais comme un outil pour l'individu. En permettant d'inscrire ses droits et de les préserver contre l'action des autorités administratives, le droit public devient une « arme » entre ses mains. La théorie juridique a suivi ce mouvement en poussant à la réflexion sur un état idéal du droit garantissant l'individu contre toute action arbitraire. Le renouvellement est apparu par le développement de concepts propres à traduire ses nouvelles exigences. L'État de droit et la *rule of law* se sont vu assigner cette fonction, respectivement en France et en Angleterre. Mais, en émergeant dans des ordres juridiques aux traditions différentes, ils restent largement empreints de certaines spécificités. Pourtant, au-delà de ces différences, la figure du juge apparaît, dans les deux

2799. PECES-BARBA MARTINEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2004, 497 pages, pp. 121-122 ; HAYEK (F. A.), *La route de la servitude*, 6e éd., PUF, Paris, 2013, 260 pages, pp. 66-68.
2800. VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, 2e éd., PUF, Paris, 2014, 169 pages, p. 8
2801. PECES-BARBA MARTINEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 121.

concepts, centrale. Que ce soit au travers du recours pour excès de pouvoir ou de la *judicial review*, la mission du juge est constitutionnalisée et se voit dotée d'une légitimité quasi-inébranlable (Section I.). Le contrôle juridictionnel s'affirme alors comme la figure de proue de la protection des individus. Les jurisprudences française et anglaise vont se tourner vers cette nouvelle mission. Il n'est plus alors uniquement question de juguler l'action administrative efficacement, mais de protéger les individus en lui reconnaissant des droits, opposables à l'action administrative (Section II.).

Section I. Le renouvellement du fondement du contrôle des juges : l'inscription des recours au sein de l'État de droit et de la *rule of law*

Il serait erroné d'opposer absolument la protection de l'individu et le respect des limites assignées par le droit à l'action administrative. Les deux sont naturellement liés. Toutefois, la première comprend et dépasse la seconde. La conception d'un droit plus tourné vers l'individu ne remet pas en cause les fondamentaux du contrôle juridictionnel, mais les transcende et cherche à les améliorer. Pour reprendre les termes de Stephen Sedley, le droit public est « comme un caméléon », puisque « l'environnement constitutionnel de ces dernières années a inclus le développement d'une culture des droits de l'homme, et le droit public, sans devenir une nouvelle créature, a commencé à prendre certaines de ses couleurs »[2802].

La tendance est plus ancienne en France, mais le constat est similaire. Sans conduire à une rupture, le droit public a dû, et a su, s'adapter aux nouveaux enjeux auxquels il a fait face. Le rôle qu'a tenu ici le juge est central, et se situe à différents niveaux : figure de proue de la garantie des droits, il en est tout à la fois un élément constitutif et un vecteur. Cette double fonction est celle qui lui est assignée de par le renouvellement de la conception du droit. La promotion des concepts d'État de droit et de *rule of law* en constitue la meilleure expression. Issus des réflexions sur l'amélioration globale du système juridique, ils placent le juge en leur centre. Sans lui, toute garantie des droits semble impossible. Dès lors, la construction de ces deux concepts apparaît comme une étape fondamentale dans le renouvellement de l'office des juges, et de la sanctuarisation des recours pour excès de pouvoir et de *judicial review* (I.). À un niveau plus concret, et plus pratique, c'est le droit administratif lui-même qui se trouve affecté. Par effet de capillarité, il se retrouve également empreint des nouvelles exigences issues du dogme de la protection des droits. Son évolution permet, et traduit tout à la fois, une modification des conceptions du rôle des juges à travers le recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* (II).

I. La promotion de l'État de droit et de la *rule of law* comme fondement des recours

Les transformations qu'ont connues le juge de l'excès de pouvoir et le juge de *judicial review* ne peuvent s'inscrire dans la théorie classique de l'État légal ou de l'*ultra vires*. Ce

2802. SEDLEY (S.), *Lions Under the Throne. Essays on the History of English Public Law*, *op. cit.*, p. 193.

fondement apparaît dorénavant trop restrictif. Il ne décrit pas la réalité de l'office des juges et il leur assigne un rôle limité, en décalage avec les attentes contemporaines des individus. Il est nécessaire d'inscrire tant le recours pour excès de pouvoir que la *judicial review* dans un cadre plus large. Ainsi que le relève Duncan Fairgrieve, les deux concepts d'État de droit et de *rule of law* « jouent un rôle similaire dans le domaine constitutionnel en tant que valeurs sous-tendant le système constitutionnel »[2803]. En effet, ces deux expressions renvoient, comme nous le verrons, à des valeurs similaires, renouvelant la légitimité du rôle des juges. Toutes deux plongent leurs racines dans l'histoire des idées politiques, grâce à l'héritage laissé par les auteurs libéraux classiques tels que Locke, Montesquieu, Rousseau ou encore Kant[2804]. Cela ne signifie pas qu'il y a une identité entre *rule of law* et État de droit car, comme le relève une fois de plus Duncan Fairgrieve, ces deux concepts « ne sont en aucun cas synonymes, de façon peu surprenante eu égard aux différents contextes historique, constitutionnel et culturel » dans lesquels ils s'ancrent[2805]. Cela rend encore plus remarquable leur impact sur le rôle des juges. En faisant la promotion de valeurs fortes liées, en premier lieu, au libéralisme politique, ils font du juge la figure centrale de leur défense.

Les différences inhérentes au contexte dans lequel ont émergé et se sont forgés les deux concepts n'en font pas, en effet, des synonymes. Dès lors, « traduire rule of law par État de droit n'est pas tout à fait exact »[2806]. Si certains travaux font ce choix[2807], tel n'est pas le nôtre ici. D'ailleurs, il est de peu d'intérêt pour nous de rechercher à tout prix une traduction de la *rule of law*[2808]. Héritage de la construction juridique anglaise, toute tentative de francisation conduirait à en

2803. FAIRGRIEVE (D.), « État de droit and rule of law : comparing concepts – a tribute to Roger Errera », *PL* 2015, pp. 40-59, p. 51.
Voir également : FAIRGRIEVE (D.), « État de Droit and Rule of Law : Comparing Concepts », pp. 187-211 in *Le Droit Public Britannique : État des Lieux et Perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit.*
2804. MORIN (J.-Y.), *L'État de droit : émergence d'un principe de droit international*, Hague Academy of International Law, La Hague, 1996, 462 pages, pp. 72-79 et pp. 90-96.
D'un point de vue général : MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la rule of law », *Les Cahiers du droit* 1994, pp. 823-904 ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.* ; CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, thèse, L'Harmattan, Paris, 2005, 662 pages ; VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, 2e éd., PUF, Paris, 2014, 169 pages.
2805. *ibid*., p. 46.
2806. GARAPON (A.) et PAPADOPOULOS (I.), *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et common law,* Odile Jacob, Paris, 2003, 322 pages, p. 40.
2807. Par exemple, dans sa contribution aux mélanges Guy Braibant, John Bell parle d' « État de droit » pour traiter, en fait, de la *rule of law* : BELL (J.), « Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'État de droit », pp. 16-28 in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit.*
De même, dans une de ses communications portant sur l'État de droit, la Commission européenne traduit la notion par *rule of law*, dans sa version anglais : « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit » et « Communication from the Commission to the European Parliament and the council. A new EU Framework to strengthen the Rule of Law » (COM (2014)158 final).
2808. Telle est la pratique la plus fréquente. Pour un travail récent sur ce sujet, voir : FAIRGRIEVE (D.), « État de droit and rule of law : comparing concepts – a tribute to Roger Errera », *op. cit.*, pp. 41-43. L'auteur finit par en conclure que « […] traditionnellement en France le concept d'État de droit est considéré comme renvoyant le mieux fonctionnellement à l'équivalent du concept de common law ».

dénaturer, même partiellement, le sens. Par exemple, dans le rapport du Congrès International de Juristes qui s'est tenu en 1959 à New Delhi, la *rule of law* est traduite par « principe de légalité »[2809]. Une telle acception tend à en donner une vision restreinte : le principe de légalité, tel qu'entendu en France, constitue un des éléments de la *rule of law.* Mais, celle-ci ne peut être réduite à ce seul principe.

Ainsi, notre propos n'est pas de rechercher une hypothétique, et au final peu vraisemblable, identité entre *rule of law* et État de droit. Ce qu'il faut plutôt remarquer c'est le rôle fondamental que reçoivent les juges à travers ces deux concepts. Dans le cadre de l'État de droit, c'est la figure du juge en général, et du juge constitutionnel en particulier, qui est rehaussée (A.), tant que la *rule of law* inscrit plus précisément, la *judicial review* en son centre (B.). Les recours juridictionnels apparaissent à la fois comme des composants et des vecteurs de ces deux théories, et reçoivent comme fonction constitutionnelle la garantie de valeurs profondément libérales, tournées vers la protection de l'individu.

A. La figure du juge, élément central de la doctrine de l'État de droit

Les développements précédents ont mis en évidence les mutations opérées par, et affectant, le recours pour excès de pouvoir. Le juge administratif s'en est servi pour profondément modifier la structure de l'ordre juridique. Il n'est plus uniquement l'agent de la volonté du législateur, mais le garant d'un ensemble de normes dont il peut être, au moins en partie, l'auteur. Ce phénomène ne permet plus d'inscrire l'office du juge de l'excès de pouvoir dans le cadre de l'État légal. Son dépassement est devenu inéluctable. La théorie de l'État de droit va constituer le nouveau fondement général du recours[2810].

Pour autant, certains auteurs parlent de « règne du droit », ce qui, au final, ne rend pas le concept plus compréhensible : COHEN-TANUGI (L.), *La métamorphose de la démocratie française. De l'État jacobin à l'État de droit*, Gallimard, Paris, 1993, 224 pages, p. 147 ; HEUSCHLING (L.), *ibid.* ; CARPANO (E.), *ibid.*, p. 41.

2809. Voir le rapport : *Le principe de légalité dans une société libre*, sous la dir. de N. Marsh, Commission Internationale de Juristes, Genève, 1959, 370 pages.

Voir également sur le lien entre *rule of law* et principe de légalité : DYZENHAUS (D.), « The Legitimacy of the Rule of Law », pp. 33-54 in *A Simple Common Lawyer. Essays in Honour of Michael Taggart*, sous la dir. de D. Dyzenhaus, M. Hunt et G. Huscroft, Hart Publishing, Oxford, 2009.

2810. En général sur la théorie de l'État de droit, voir : CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, 1920, Sirey, Paris, 837 pages, pp. 488-494 ; CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *RDP* 1988, pp. 313-380 ; « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP* 1990, pp. 1651-1677 ; *L'État de droit*, 5e éd., Montchrestien, Paris, 2010, 158 pages ; HAMON (L.), « L'État de droit et son essence », *RFDC* 1990, pp. 699-712 ; MILLON-DELSOL (C.), *Les idées politiques au XXe siècle*, PUF, Paris, 1991, 257 pages, voir pp. 197-244 ; REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, Economica, Paris, 1992, 389 pages ; COHEN-TANUGI (L.), *La métamorphose de la démocratie française. De l'État jacobin à l'État de droit*, Gallimard, Paris, 1993, 224 pages ; L'État *de droit en France. Ombres et lumières*, La documentation française, Paris, 1993, 73 pages ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Thèse,

Introduite notamment par Duguit et Carré de Malberg, par traduction du terme allemand de *Rechtsstaat*, l'expression « État de droit » ne s'imposera en France que dans les années quatre-vingt et quatre-vingt dix[2811]. Élément de discours politique et juridique, il est invoqué comme argument de légitimation de l'organisation juridique. Si le concept d'État de droit peut faire l'objet de critiques en lui-même, son utilisation pour qualifier un État n'est jamais péjorative[2812]. En effet, tourné essentiellement vers la recherche d'une meilleure soumission au droit, et à une plus grande protection des droits, il constitue un idéal vers lequel les États s'orientent afin de légitimer leur action.

Il n'est pas ici question de reprendre une étude sur les origines de la notion d'État de droit en France. Les œuvres sur ce sujet sont nombreuses et complètes[2813] ; des références à l'histoire pourront être faites, mais sans volonté de notre part d'entreprendre une analyse exhaustive. Ce qu'il faut ici mettre en évidence c'est l'implantation de l'État de droit dans la culture juridique française. Nouvel idéal, il se substitue à l'État légal, en le dépassant. Il apparaît, de prime abord, comme une réflexion sur les moyens juridiques, plus que les objectifs précis à atteindre (1.). Toutefois, il est également porteur de différentes valeurs dont doit disposer le droit, et qui reflètent tant la finalité de sa théorisation (2.) que la subjectivité de celui qui définit ces valeurs (3.). Au sein de cet ensemble, le recours pour excès de pouvoir apparaît comme l'un des composants de l'État de droit (4.).

1. Un état avant tout de moyens

L'objectif assigné à l'État de droit est, somme toute, assez simple et clair : il s'agit de soumettre l'État au droit. Les deux notions composant l'expression sont donc centrales. L'État de droit se présente avant tout comme une théorie juridique, ce qui a justifié les critiques de Kelsen, reprises par Michel Troper puis Luc Heuschling, quant au caractère tautologique de l'expression.

2002, Dalloz, Paris, 739 pages, pp. 323-431 ; MORIN (J.-Y.), *L'État de droit : émergence d'un principe de droit international*, Hague Academy of International Law, La Hague, 1996, 462 pages, voir pp. 45-184 ; ROUSSEAU (D.), « L'État de droit est-il un état de valeurs particulières ? », pp. 885-894 in *L'équilibre des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, *op. cit.* ; CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, *op. cit.*
Voir également les mélanges consacrés à Guy Braibant, et portant sur ce thème : *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1986.

2811. COHEN-TANUGI (L.), *La métamorphose de la démocratie française. De l'État jacobin à l'État de droit*, *op. cit.*, pp. 55-61 ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 375-418 ; CARPANO (E.), *ibid.*, pp. 147-149.

2812. Sur les critiques portant sur l'État de droit : LEISNER (W.), « L'État de droit – une contradiction ? », pp. 65-79 in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.* ; TROPER (M.), « Le concept d'État de droit », *Droits* 1992, pp. 51-63 ; BARILARI (A.), *L'État de Droit : réflexion sur les limites du juridisme*, LGDJ, Paris, 2000, 119 pages.

2813. Par exemple : CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit.* ; MORIN (J.-Y.), *ibid.*, pp. 62-90 ; CARPANO (E.), *ibid.*, pp. 54-66.

Pour ces auteurs, le droit étant une construction de l'État, il en découle nécessairement que tout État est un État de droit, par définition[2814]. Malgré cela, le développement des références à l'expression « État de droit », quelle que soit la rigueur des termes, dénote une certaine volonté de la part de la doctrine, mais aussi des Hommes politiques et des juges : garantir le respect du droit. La disjonction entre droit et État est alors au cœur des réflexions : qu'il s'y soumette volontairement (théorie subjective de l'autolimitation) ou que le droit s'impose à lui (théorie objective de l'hétérolimitation), l'État voit son action encadrée[2815]. En somme, « l'État de droit, c'est la *limitation du pouvoir par le droit* »[2816].

L'État de droit renvoie à la question des moyens. La question centrale, qui le sous-tend, est celle-ci : « comment assurer la soumission de l'État au droit ? ». La plupart des études ont pour objectif de résoudre cette problématique. Jacques Chevallier identifie trois conceptions possibles, et conciliables, de l'État de droit : une formelle, une matérielle et une substantielle[2817]. La première correspond au respect de la hiérarchie des normes, dont le respect est assuré par le juge, et permet d'assurer que l'État agit au moyen du droit ; la seconde conception est centrée sur la justification de la soumission de l'État au droit, à travers la question de l'autolimitation ou de l'hétérolimitation ; et enfin, la dernière conception postule l'obligation de respecter non pas uniquement le droit, notion abstraite et générale, mais également certaines valeurs, dont les droits sont le reflet, concentrant les réflexions sur le contenu du droit. Ces trois dimensions ont vocation à répondre à trois questions différentes : Comment ? Pourquoi ? Quoi ? L'État de droit donne avant tout une réponse formelle à la soumission de l'État au droit, car il se concentre avant tout sur la première dimension.

La question est de rechercher les moyens pour soumettre l'État au droit, et garantir la hiérarchie des normes. En effet, « il ne faut pas perdre de vue que l'État de droit fait appel à une structuration particulière de l'État par le droit »[2818]. Plus précisément, c'est la soumission du

2814. KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. par C. Eisenmann, LGDJ/Bruylant, Paris/Bruxelles, 1962, réimpression 1999, 367 pages, pp. 304-310 ; TROPER (M.), « Le concept d'État de droit », *op. cit.* ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 418-431.
2815. La première théorie découle principalement de la doctrine allemande et a été reprise en France notamment par Raymond Carré de Malberg ; la seconde provient d'une conception objective du droit, extérieur à la volonté de l'État, et a été défendue notamment par Maurice Hauriou et Léon Duguit.
Voir : CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *op. cit.*, pp. 342-363 ; HEUSCHLING (L.), *ibid.*, pp. 385-409 ; CARPANO (E.), *ibid.*, pp. 143-172.
2816. EMERI (C.), « L'État de droit dans les systèmes polyarchiques européens », *RFDC* 1992, pp. 27-41, p. 29 (C'est l'auteur qui souligne).
2817. CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *op. cit.*, pp. 314-318 ; *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 13-14.
2818. MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la rule of law », *op. cit.*, p. 831.
Pour Walter Leisner, « l'essence de l'État de droit, c'est le normativisme » : LEISNER (W.), « L'État de droit – une contradiction ? », *op. cit.*, p. 66.

législateur à la Constitution qui a posé problème[2819]. Les écrits de Kelsen, par exemple, dont l'œuvre a marqué la doctrine française, sont en premier lieu centrés sur cette problématique. En faisant la promotion d'un respect strict de la hiérarchie des normes, il mettait en avant le respect d'un droit garanti formellement[2820]. De même, Hauriou et Duguit, en voulant rendre la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen opposable au législateur souhaitaient introduire un contrôle de constitutionnalité de la loi[2821]. La garantie du respect de la Constitution permet alors de limiter le Parlement. Tel est ce qui distingue l'État de droit de l'État légal, ce dernier soumettant principalement l'administration à la loi[2822]. Le respect du droit gagne alors l'institution dont les pouvoirs n'étaient pas encore encadrés. Il n'est ainsi pas étonnant que les recherches doctrinales soient revenues sur le devant de la scène dans les années quatre-vingt. Cette décennie marque le développement du contrôle de constitutionnalité de la loi par le Conseil constitutionnel[2823].

En entrant dans l'ère de l'État de droit, la France perfectionne un mouvement amorcé par la Révolution de 1789. En adoptant la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, elle en avait posé les bases. Ainsi, son article 16 contient le principe de séparation des pouvoirs, fondamental dans la consécration de l'État de droit. La limitation du pouvoir passe, avant tout, par sa division, et la mise en place de relations équilibrées entre eux, élément de base des régimes dits polyarchiques[2824]. Mais, dans le même temps, le légicentrisme, emprunt de l'idéal rousseauiste, devait empêcher tout contrôle de la loi jusqu'à la Ve République[2825]. Limité, le contrôle juridictionnel ne pouvait remplir entièrement son office. La souveraineté du Parlement, le culte de la loi et

2819. CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *op. cit*., p. 334 et pp. 342-346 ; *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 29-33 ; EMERI (C.), « L'État de droit dans les systèmes polyarchiques européens », *op. cit.*, pp. 31-32 ; COHEN-TANUGI (L.), *La métamorphose de la démocratie française. De l'État jacobin à l'État de droit*, *op. cit.*, pp. 149-150 ; MORIN (J.-Y.), *L'État de droit : émergence d'un principe de droit international*, *op. cit.*, pp. 102-105.
2820. KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*.
Voir : CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *op. cit*., pp. 330-332 ; *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 41-50.
2821. CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *op. cit*., pp. 352-359 ; MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la rule of law », *op. cit.*, pp. 851-853 ; MORIN (J.-Y.), *L'État de droit : émergence d'un principe de droit international*, *op. cit.*, pp. 102-105 ; CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, *op. cit.*, pp. 150-154.
2822. CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, t. I, pp. 488-494.
2823. Les deux évolutions marquantes des années soixante-dix, que constituent la décision dite *IVG* de 1971 puis l'ouverture de la saisine du juge constitutionnel à l'opposition parlementaire en 1974, font changer d'orientation le contrôle du législateur. Il ne s'agit plus pour lui d'être simple protecteur de l'exécutif face aux velléités d'empiétement du Parlement sur son domaine réservé de l'article 37 de la Constitution. Bien plus, le Conseil constitutionnel devient censeur de la loi et protecteur du bloc de constitutionnalité. Luc Heuschling cite le discours prononcé par Valérie Giscard d'Estaing en 1977, dans les salons du Conseil constitutionnel : « Lorsque chaque autorité, de la plus modeste à la plus haute, s'exerce sous le contrôle d'un juge, qui s'assure que cette autorité respecte l'ensemble des règles de compétence et de fond auxquelles elle est tenue, l'État de droit émerge » (*État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, p. 383).
Voir également : CARPANO (E.), *ibid*., pp. 162-163.
2824. MILLON-DELSOL (C.), *Les idées politiques au XXe siècle*, *op. cit.*, pp. 216-219 ; EMERI (C.), « L'État de droit dans les systèmes polyarchiques européens », *op. cit.* ; MORIN (J.-Y.), *L'État de droit : émergence d'un principe de droit international*, *op. cit.*, pp. 117-120.
2825. CHEVALLIER (J.), « La dimension symbolique du principe de légalité », *op. cit.* ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 351-374 ; CARPANO (E.), *ibid.*, pp. 54-66.

l'absence de contrôle rendaient impossible le passage à l'État de droit. En démystifiant la loi, la Constitution de 1958 a rompu avec la tradition révolutionnaire et instauré le dernier étage de la construction de l'État de droit. Ce dernier « est le produit de la constitutionnalisation du droit »[2826] ; c'est « *l'État constitutionnel* »[2827]. Le droit international, ainsi que, différemment toutefois, le droit de l'Union européenne, participent aussi de ce mouvement. L'État est soumis à leur respect aussi. Le contrôle juridictionnel apparaît alors comme son corollaire « indispensable »[2828]. Il revient au juge, notamment constitutionnel ici, de garantir le respect de la hiérarchie des normes. L'État de droit est avant tout un état de garanties de la suprématie du droit constitutionnel[2829].

2. Un état de valeurs du droit

S'en tenir à ce seul aspect serait toutefois trompeur. L'État de droit n'est pas uniquement un moyen ; il reflète également certaines valeurs, exprimant sa finalité profonde. Pour reprendre le titre d'un article de Jean Rivero, il est également un « état du droit »[2830]. La perspective est ici différente. Il ne s'agit plus de se demander comment faire respecter le droit, mais quel droit il s'agit de promouvoir. L'on est ici dans la dimension substantielle, relevée par Jacques Chevallier. Ainsi que ce dernier l'affirme : « au-delà de la hiérarchie des normes, l'État de droit va désormais être entendu comme impliquant l'adhésion à un ensemble de *principes* et de *valeurs* qui bénéficieront d'une consécration juridique explicite et seront assortis de mécanismes de garantie appropriés »[2831]. Fondamentale, cette question ne peut pour autant trouver de réponse précise. En effet, le contenu du droit est le reflet des « valeurs » et « principes » qu'il sert à promouvoir ; en les protégeant, l'État se légitime[2832]. Cependant, ceux-ci ne sont pas déterminés objectivement. Bien au contraire, ils découlent de la conception du rôle assigné à l'État. Il est toutefois possible d'identifier deux ensembles de valeurs généralement attribués au droit : certaines sont plutôt formelles et procédurales (a.) alors que d'autres apparaissent davantage substantielles (b.)[2833].

2826. GOYARD (C.), « État de droit et démocratie », pp. 299-314, voir p. 299 in *Droit administratif, Mélanges René Chapus*, *op. cit*.
2827. EMERI (C.), « L'État de droit dans les systèmes polyarchiques européens », *op. cit*., p. 31 (C'est l'auteur qui souligne).
2828. CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *op. cit*., p. 330.
2829. MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la rule of law », *op. cit*.
2830. RIVERO (J.), « État de droit, état du droit », pp. 609-614 in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit.*
2831. CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit.*, p. 95 (C'est l'auteur qui souligne).
2832. MILLON-DELSOL (C.), *Les idées politiques au XXe siècle*, *op. cit.*, p. 197.
2833. CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 95-110.
Pour Eric Carpano, le modèle de l'État de droit « plaçant la primauté de la personne humaine au cœur de son dispositif normatif et éthique, peut être systématisé autour de trois principes : le *droit au droit*, le *droit au juge* et enfin le *droit à la liberté* (ou plus largement le droit aux droits » (CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, *op. cit.*, p. 319

a. Les valeurs substantielles et procédurales : le contrôle juridictionnel comme composant et vecteur

En premier lieu, l'État de droit se fait vecteur de valeurs formelles et de principes procéduraux. Cette première dimension ne fait pas l'objet des développements les plus longs sur les composants de l'État de droit[2834]. La doctrine est en effet plus prompte à s'intéresser à la dimension substantielle des valeurs promues. Pourtant, l'aspect formel et procédural n'est pas sans intérêt. Il porte avant tout sur deux éléments : la qualité du droit et l'existence de certains éléments procéduraux[2835].

Les éléments formels sont de diverses natures, mais ont en commun de permettre la prévisibilité des conséquences juridiques de l'action d'un individu, mais aussi de l'État[2836]. Ainsi, pour Jacques Chevallier, la règle de droit « doit constituer pour les destinataires un cadre clair, précis, stable, qui leur apporte les éléments de certitude nécessaires et leur donne la possibilité de prévoir les conséquences de leurs actes »[2837]. En somme, il s'agit de préserver la « sécurité juridique »[2838]. Pour ce même auteur, cela implique différentes qualités que le droit doit posséder : l'accessibilité, l'intelligibilité et la non-rétroactivité[2839]. Pour Jean Rivero, l'État de droit se réalise en tout premier lieu par le biais de la qualité du droit, puisqu'il « dépend […] dans une large mesure, pour répondre à sa fin, de l'*état du droit* en vigueur », car si la règle de droit n'est ni « connaissable », ni « compréhensible », alors « elle risquerait fort de ne pas quitter l'empyrée des principes pour la réalité vécue »[2840]. Il faut donc que la règle de droit soit claire, bien rédigée et utiliser de façon parcimonieuse pour éviter l'inflation normative.

Les éléments procéduraux peuvent, eux, être rattachés aux pratiques du régime

(C'est l'auteur qui souligne) ; plus généralement, pp. 317-458). Cette classification tripartite recoupe en fait la nôtre : les deux premiers principes sont formels et procéduraux, là où le dernier est substantiel.

2834. Hormis l'article de Jean Rivero, consacré à la dimension formelle des valeurs de l'État de droit : RIVERO (J.), « État de droit, état du droit », *op. cit*. in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit.*

2835. Ces deux éléments apparaissent déjà à l'origine dans la théorie allemande de l'État de droit : MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la rule of law », *op. cit*., pp. 846-849 et pp. 856-863.

2836. LESNER (W.), « L'État de droit – une contradiction ? », pp. 66-67 in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit*.

2837. CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit.*, p. 96.

Voir également en ce sens les rapports publics du Conseil d'État de 1991 (« De la sécurité juridique », pp. 15-47) et de 2006 (p. 223-406).

2838. *ibid*.

Voir également : REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, *op. cit.*, pp. 23-25 ; CARPANO (E.), *ibid*., p. 339-363.

2839. CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 96-99.

Ces éléments permettent d'assurer une certaine qualité du droit, afin d'en faire connaître les contours aux individus. Cela se rapproche en fait de la garantie de son intelligibilité puisque, comme le précise le Conseil constitutionnel, il s'agit « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire » (CC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, rec. 49, cons. 9).

2840. RIVERO (J.), « État de droit, état du droit », voir p. 609 in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit.* (C'est l'auteur qui souligne).

démocratique : pluralisme des idées et débats contradictoires permettant l'élaboration des normes[2841]. Par ce biais, les individus participent et acceptent les règles qu'ils fixent à eux-mêmes. Mais, au-delà des procédures politiques, il est nécessaire de doter le système juridique de procédures juridictionnelles[2842]. C'est, qu'en effet, « la démocratie n'est pas prioritairement l'empire de la majorité mais le règne du droit »[2843]. Le juge apparaît alors comme un moyen indispensable de réalisation de l'État de droit, conduisant à la constitutionnalisation du droit au recours[2844]. Par voie de conséquence, « l'*État de droit* est aujourd'hui souvent identifié à l'*État des juges* (*Richterstaat*) au terme d'une assimilation du droit et du juge selon laquelle il ne saurait y avoir de *droit* sans un *juge* pour le *sanctionner* »[2845]. D'une part, étant saisi par les individus, il constitue, en lui-même, un moyen procédural permettant de veiller à la protection de leurs droits, et à la soumission de l'État au droit. D'autre part, en agissant par le biais du contradictoire, il se fonde sur des procédures faisant participer l'individu à la prise de décision. Son influence est ici double : il est un composant important du système de l'État de droit (la question « quoi ? »), mais aussi un de ses vecteurs (la question « comment ? »). Le juge est donc « la figure centrale » dans cet ensemble[2846].

Certains auteurs ont poussé plus loin encore l'importance de l'élément procédural. L'idée d'un « État de droit procédural », notamment défendue par Dominique Rousseau, permet d'envisager une perspective différente. Il doit permettre tant l'expression des idées que leur concrétisation en normes[2847]. Ainsi, « plus que la nature des droits qui le définirait, c'est le principe de discussion qui semble le mieux identifier l'idée d'État de droit »[2848]. La discussion et la

2841. COHEN-TANUGI (L.), *La métamorphose de la démocratie française. De l'État jacobin à l'État de droit*, *op. cit.*, pp. 61-64 ; MILLON-DELSOL (C.), *Les idées politiques au XXe siècle*, *op. cit.*, pp. 201-202.
2842. COHEN-TANUGI (L.), *ibid.*, pp. 170-224.
Pour Jean-Yves Morin : « le véritable test de l'État de droit se trouve alors dans l'existence d'une panoplie de procédures et de recours, appuyée sur des institutions, permettant à la victime d'une violation d'obtenir qu'il y soit mis fin et d'être indemnisée le cas échéant » (MORIN (J.-Y.), *L'État de droit : émergence d'un principe de droit international*, op. cit., p. 124.
2843. Allocution de Jacques Robert in *L'État de droit en France. Ombres et lumières*, La documentation Française, Paris, 1993, pp. 51-62, p. 62.
Voir également : GOYARD (C.), « État de droit et démocratie », *op. cit.*, in *Droit administratif, Mélanges René Chapus*, *op. cit*.
2844. CC, 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, rec. 40, cons. 3.
Raymond Carré de Malberg faisait du recours devant un juge un des éléments fondamentaux de l'État de droit : CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, t. I, pp. 489-490.
2845. CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, *op. cit.*, p. 376 (c'est l'auteur qui souligne) ; voir pp. 376-409.
Voir également, pour une vision critique : HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 426-431.
2846. REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, *op. cit.*, pp. 186-192 ; MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la rule of law », *op. cit.*, p. 834 et voir également p. 854
Voir : *L'État de droit en France. Ombres et lumières*, La documentation Française, Paris, 1993. L'étude porte avant tout sur l'institution judiciaire, en général, sur sa place et les lacunes qui l'affectent.
2847. ROUSSEAU (D.), « L'État de droit est-il un état de valeurs particulières ? », *op. cit*. in *L'équilibre des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, *op. cit.*
2848. *ibid*., p. 894.

délibération, valeurs avant tout procédurales, doivent être mises au cœur du système juridique. Par leur biais, « la légitimité du débat sur les droits » est acceptée[2849]. Deux éléments sous-tendent cette conception. D'une part, elle permet une forme de dialogue permanent, et ainsi toujours actuelle et actualisée. D'autre part, la délibération permet la consécration normative des attentes des individus, exprimées par la discussion. Dès lors, « le droit joue comme un médium, comme un filtre qui grâce à un ensemble de procédures oblige les acteurs sociaux à argumenter leurs prétentions à voir transformer un besoin en droit et à convaincre de la légitimité de ce passage de l'état prénormatif à l'état normatif »[2850]. Une idée similaire est défendue par Léo Hamon pour qui la valeur d'un acte (administratif, législatif ou juridictionnel) se mesure à sa procédure d'adoption[2851]. L'administration peut agir par le biais de la consultation, le législateur légifère par voie de délibération, alors que le juge rend son jugement au terme d'une procédure contradictoire et collégiale[2852]. Les trois pouvoirs permettent, par des voies différentes, l'expression du pluralisme des opinions. Pour Léo Hamon, « les libertés formelles sont les seules libertés réelles », ce qui le conduit à conclure que « c'est moins le principe d'égalité qui est ici décisif que l'organisation de l'État assurant le pluralisme des forces, des partis, des rôles »[2853]. Le droit est, en cela, avant porteur des règles du jeu entre les pouvoirs.

Les aspects procéduraux et formels du droit ne doivent pas être négligés. Ils ont reçu, en France, une consécration constitutionnelle, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789, constituant « l'une des définitions les plus claires de l'État de droit jamais consacré par un texte constitutionnel »[2854].

2849. *ibid*., p. 892.
2850. *ibid.*, p 894.
2851. HAMON (L.), « L'État de droit et son essence », *op. cit*.
2852. HAMON (L.), *ibid*., pp. 709-710.
2853. *ibid*., p. 712.
Il s'inscrit dans les pas de Walter Lesner, ce dernier faisant la promotion d'un pouvoir qui ne serait pas unique mais pluriel, et résidant dans différents organes, et non plus au sein du seul « État » : LESNER (W.), « L'État de droit – une contradiction ? », pp. 78-79 in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit*.
2854. CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, *op. cit.*, p. 228 ; voir pp. 229-231.
Bien que le Conseil constitutionnel n'est pas encore reconnu explicitement l'existence du principe de sécurité juridique comme principe constitutionnel, il considère, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789, « qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu'en particulier, il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations » (CC, 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, rec. 1094, cons. 14).

b. Les valeurs substantielles : le contrôle juridictionnel comme vecteur

En second lieu, il est fréquemment affirmé que l'État de droit garantit le droit des individus. D'ailleurs, tel est le premier objectif qui lui est assigné[2855]. La hiérarchie des normes, et en particulier la soumission du législateur à la Constitution, a vocation à remplir cette mission. Il ne s'agit donc pas de soumettre l'État à n'importe quel droit, mais à un droit d'essence libérale, corollaire nécessaire du régime démocratique[2856]. L'État de droit devient « une conception au fond des libertés publiques, de la démocratie et du rôle de l'État »[2857]. En France, cet aspect précède en fait les réflexions sur l'État de droit. La Révolution de 1789 a permis l'adoption de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, aux valeurs profondément libérales. En somme, si la doctrine française s'est penchée au XXe siècle sur la question du « comment ? », c'est que la question « quoi ? » était déjà en partie résolue[2858].

La notion clé permettant de traduire le substrat libéral de l'idée d'État de droit est celle de « droits fondamentaux »[2859]. Leur promotion et leur protection contre l'action de l'État sont nécessaires, afin de préserver la sphère d'autonomie de l'individu, c'est-à-dire sa liberté. Ainsi, « c'est par la transformation en droits subjectifs que seront préservées les libertés individuelles »[2860] ; dès lors, « la hiérarchie des normes n'est plus conçue comme une simple police interne de l'ordre juridique, mais comme un moyen de protection des droits fondamentaux »[2861]. Il est donc nécessaire que le droit se saisisse des libertés pour les garantir. Cette conception libérale est fortement liée à l'idéal démocratique ; la première constitue le « contenu philosophique » du second[2862]. En protégeant l'individu, on garantit son existence ; de surcroît, les libertés politiques lui

2855. CARPANO (E.), *ibid.*, p. 23 : « il n'y a selon nous qu'un seul concept de l'État de droit (l'encadrement du pouvoir par le droit en vue d'assurer la primauté de l'individu) ».
Voir également : MILLON-DELSOL (C.), *Les idées politiques au XXe siècle*, *op. cit.*, pp. 197-244.
2856. HAMON (L.), « L'État de droit et son essence », *op. cit.*, pp. 701-703 ; MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la rule of law », *op. cit.*, p. 862 ; EMERI (C.), « L'État de droit dans les systèmes polyarchiques européens », *op. cit* ; CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 87-95.
2857. CHEVALLIER (J.), *ibid.*, p. 68 ; « L'État de droit », *op. cit.*, 364-375.
Voir également : MILLON-DELSOL (C.), *ibid.*, pp. 210-212.
2858. MOCKLE (D.), *ibid.*, p. 853.
2859. CARPANO (E.), *ibid.*, p. 161.
Voir le numéro spécial consacré par l'*AJDA* à cette notion (*Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?*, *AJDA* num. spé., juillet 1998). En particulier, voir : PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », pp. 6-42.
De même, voir : PECES-BARBA MARTINEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*
2860. CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit.*, p. 59 ; LESNER (W.), « L'État de droit – une contradiction ? », voir pp. 67-68 in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*
Pour Claude Goyard, « plus de liberté passe par plus de droit » : GOYARD (C.), « État de droit et démocratie »,voir p. 299 in *Droit administratif, Mélanges René Chapus*, *op. cit.*
2861. CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit.*, p. 68.
Voir : CARPANO (E.), *ibid.*, pp. 411-458.
2862. COHEN-TANUGI (L.), *La métamorphose de la démocratie française. De l'État jacobin à l'État de droit*, *op. cit.*, p. 64 ; GOYARD (C.), *ibid.*
Voir également : CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, *op. cit.*, notamment voir p. 410 : « l'idée d'État de

sont reconnues, ce qui lui permet de participer, en tant que citoyen, à la vie démocratique du pays, et ainsi à la création du droit ; enfin, l'État de droit permet de donner un fond substantiel à la démocratie, qui ne se limite pas au simple vote, mais s'étend à la protection des droits[2863]. Centrée sur la « primauté de l'individu », elle est également individualiste[2864]. Lorsque la question des droits fondamentaux est abordée en doctrine, les auteurs procèdent à une forme de listage des droits ayant fait l'objet d'une consécration, qu'elle soit textuelle ou jurisprudentielle[2865].

En ce sens, il n'y a pas d'opposition entre les valeurs formelles et procédurales d'un côté, et les valeurs substantielles de l'autre[2866]. Les deux ensembles sont complémentaires, et se nourrissent l'un l'autre. La prévisibilité des conséquences juridiques d'une action est une condition *sine qua non* de la dimension libérale des droits protégés. Sans elle, l'individu ne peut savoir ce qu'il peut faire ou non, et déterminer s'il peut prendre certains « risques », au regard des avantages que son action pourrait avoir. La prévisibilité lui permet donc de mesurer son espace de liberté et de l'utiliser pleinement, comme l'a affirmé nettement le Conseil constitutionnel dans une décision rendue le 16 décembre 1999[2867]. De même, la mise en place de procédures permet à l'individu de faire respecter son autonomie, et d'opposer ses droits à l'action publique, tout en participant à leur définition. Enfin, il n'est pas rare que les valeurs formelles et procédurales deviennent elles-mêmes des valeurs substantielles : tel est le cas des principes de non-rétroactivité[2868], de sécurité juridique[2869],

droit [est] consubstantielle à l'idée de droits de l'homme et de démocratie ».

2863. MILLON-DELSOL (C.), *Les idées politiques au XXe siècle*, *op. cit.*, p. 201 et p. 204.

2864. WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, 2e éd., Montchrestien, Paris, 1949, 415 pages, notamment pp. 375-396 ; CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *op. cit.*, pp. 365-369 ; MILLON-DELSOL (C.), *Les idées politiques au XXe siècle*, *op. cit.*, 224-227 ; MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la rule of law », *op. cit.*, pp. 845-863 ; CARPANO (E.), *ibid*., p. 23.

Voir également : RIBS (J.), « Introduction », pp. 7-10 notamment p. 7 in *L'État de droit en France. Ombres et lumières*, La documentation Française, Paris, 1993. Dans la même étude, voir l'allocution de Claude Pernollet, notamment p. 37.

2865. CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit*., 99-110 ; CARPANO (E.), *ibid*., pp. 411-458.

2866. MOCKLE (D.), *ibid*., pp. 856-863 ; RIVERO (J.), « État de droit, état du droit », *op. cit*. in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit.* ; PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.*, notamment pp. 37-38.

2867. CC, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à la partie législative de certains codes*, rec. 136, cons. 13 : la codification du droit répond « à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et " la garantie des droits " requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel "tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas" ».

2868. Pour une consécration explicite concernant les actes administratifs : CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, rec. 289 ; GAJA 21e éd., n°56.

Ce principe est protégé par le Code Civil, à l'article 2.

2869. CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, rec. 154 ; GAJA 21e éd., n°106.

d'intelligibilité[2870], ou encore de la protection du droit au recours[2871]. Là encore, l'utilisation de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen n'est pas anodine : en prévoyant que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution », elle lie forme et fond, séparation des pouvoirs et protection des droits.

3. Un état subjectif de valeurs

Ce qu'englobe l'État de droit en termes de valeurs ne découle pas de la nature des choses ou d'une étude purement scientifique et objective. Une telle opération s'avère impossible, car, nécessairement, l'État de droit comporte une dimension politique. Ainsi, un certain désaccord apparaît en doctrine[2872]. Il est le signe de la dimension subjective de la notion d'État de droit.

En effet, deux courants peuvent être identifiés, et se différencient sur les valeurs substantielles de l'État de droit : nous qualifierons le premier de « libéral », au sens économique et le second d' « interventionniste ». Précisons-le, les deux sont des promoteurs de l'État de droit et sont donc libéraux, dans le sens décrit plus haut. Toutefois, les premiers prônent une conception de l'État de droit confinant l'action étatique à son minimum ; ils apparaissent en ce sens libéraux également dans l'acception économique de ce terme[2873]. Les seconds, en revanche, ont une vision plus large, plus « générale » des droits que l'État doit garantir.

L'opposition ici relevée traduit la fracture entre la conception limitée de l'action de l'État, et une vision plus interventionniste. Les tenants de la première considèrent que le développement de la protection des droits-créances, même conçus comme des soutiens nécessaires à la garantie des droits-libertés, constitue une limitation de la conception libérale de l'État de droit[2874]. En effet, la liberté ne peut se concevoir, et s'utiliser, que dans des conditions matérielles de vie satisfaisantes,

2870. CC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, rec. 49, cons 9 : elle se fonde des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen.
2871. CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, rec. 110 ; GAJA 21e éd., n°57.
2872. Voir en général : MILLON-DELSOL (C.), *Les idées politiques au XXe siècle*, *op. cit.*, pp. 236-244.
Sur les différentes conceptions possibles, voir : REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, *op. cit.*, 10-31 ; CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, *op. cit.*, p. 317.
2873. COHEN-TANUGI (L.), *La métamorphose de la démocratie française. De l'État jacobin à l'État de droit*, *op. cit.*, pp. 141-146.
2874. CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 91-95 ; « L'État de droit », *op. cit.*, p. 371 ; ROUSSEAU (D.), « L'État de droit est-il un état de valeurs particulières ? », voir pp. 886-890 in *L'équilibre des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, *op. cit.*.
Telle est la position de Hayek par exemple : MILLON-DELSOL (C.), *ibid.*, pp. 239-340.

ainsi que par l'accès à la connaissance. Cela nécessite la mise en place de prestations de diverses natures, sous-tendues par la reconnaissance de droits déjà mentionnés : droit à l'emploi, droit à la santé, mais aussi droit à l'éducation. Or, en obligeant au développement de l'action publique, par le biais de l'accroissement des services publics, les droits-créances conduisent au dévoiement de l'idéal de l'État de droit[2875]. Ainsi, « mal aimés, ils le sont par la doctrine libérale qui voit dans le développement des droits sociaux un obstacle à la liberté et par voie de conséquence un danger pour l'État de droit »[2876]. À l'inverse, les tenants d'une vision plus « interventionniste » considèrent nécessaire la promotion de ces droits-créances, afin de réaliser les droits-libertés. Cela donne naissance à l'État-providence dont le leitmotiv est de définir « un bien-être commun en conceptualisant les désirs subjectifs mais consensuels, qu'il entend comme droits – droit au loisir, droit à la culture, droit à la crèche, droit aux études supérieures, et autres. Autrement dit il objective le bien-être de tous et, avec l'aide de la technique moderne, s'applique à le gérer »[2877]. Le droit n'est plus une limite, mais un outil d'action. Or, « cette *instrumentalisation* croissante fait passer au second plan l'objectif de limitation du pouvoir qui était au cœur de l'ordre juridique libéral »[2878]. De surcroît, cela conduit à une inflation normative, réduisant d'autant la qualité du droit : il devient moins clair, plus instable et d'une qualité plus faible[2879]. Ces valeurs formelles sont également atteintes par le changement d'utilisation qui en est fait.

Cette opposition démontre que l'idée que l'on se fait de l'État de droit ne peut pas être objective, mais dépend également de la conception politique que l'on a du droit, et de l'action publique[2880]. Il devient un idéal, « porteur de toutes les vertus et les espérances : la démocratie, l'égalité sociale, la liberté, la croissance économique etc. »[2881]. L'État de droit apparaît traversé par une dichotomie *a priori* insoluble : pensé comme limite, il devient fondement légitime de l'action étatique ; libéral à son origine, il conduit à l'interventionnisme ; centré sur l'individu, il le conçoit au sein d'une communauté.

Aucune des deux visions n'a court dans toute sa rigueur. Le curseur se déplace entre les deux, suivant les époques. L'État de droit est donc avant tout le reflet d'une forme de conciliation

2875. CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *op. cit.*, pp. 375-378.
2876. CARPANO (E.), *ibid*., p. 434.
2877. MILLON-DELSOL (C.), *Les idées politiques au XX*e *siècle*, *op. cit.*, p. 239.
2878. CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *op. cit.*, p. 378 (C'est l'auteur qui souligne) ; HAMON (L.), « L'État de droit et son essence », *op. cit*., pp. 704-705.
Pour une critique : LESNER (W.), « L'État de droit – une contradiction ? », *op. cit.*, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit*. L'auteur met en avant que le développement du droit comme outil (mouvement qualifié de « normativisme ») conduit à une situation inverse de celle promue par l'État de droit puisque cela renforce l'exécutif.
2879. LESNER (W.), *ibid.* ; BARILARI (A.), *L'État de Droit : réflexion sur les limites du juridisme*, LGDJ, Paris, 2000, 119 pages.
2880. CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit*., pp. 139-140.
2881. CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, *op. cit.*, p. 165.

entre ces deux extrêmes. Pour Dominique Rousseau, la conciliation des droits-libertés et des droits-créances passe par un principe transversal : le principe de discussion[2882]. Il le conçoit comme un dépassement du clivage entre État de droit, au sens classique, et État providence. Selon le constitutionnaliste, puisqu'il n'existe ni hiérarchisation ni opposition fondamentale entre droits-libertés et droits-créances, il est nécessaire de les concilier. Or, c'est par la discussion, sous-tendue par les deux éléments relevés plus haut, que cette conciliation pourra s'opérer. Comme l'affirme également Léo Hamon : « ce n'est, dès lors, pas la multiplication des règles, l'ambition insensée de bannir le pouvoir d'appréciation des uns et des autres qui peut être l'objectif, l'orientation de l'État de droit ou sa justification : c'est la poursuite d'un équilibre à base de pluralité et d'observation de procédures assurant le contrôle de l'opinion et de personnes indépendantes »[2883].

Cela signifie que l'acception procédurale et formelle n'est pas antinomique de la conception substantielle. Bien au contraire, tout en la présupposant, elle peut chercher à en dépasser les clivages. Au-delà, l'État de droit « n'est jamais « acquis » » puisqu'il repose sur une perpétuelle conciliation, « il est un juste milieu » qui « doit être réétabli tous les jours – entre Parlement et Exécutif, entre l'arbitraire d'une discrétionnalité trop large et l'arbitraire d'une application indûment perfectionnée, entre la prévisibilité des normes et la calculabilité de pratiques coutumières de l'Administration »[2884]. Il nous paraît que sa raison d'être se trouve bien mieux définie dans la conception défendue par Dominique Rousseau et Léo Hamon[2885]. Toutefois, qu'il soit conçu formellement, procéduralement ou substantiellement, l'État de droit postule le respect du droit. Le rôle des juges en constitue un élément central ; pierre angulaire, ils sont au cœur de cette recherche d'équilibre entre différentes exigences à concilier.

En somme l'État de droit repose sur une conception globalisante du système juridique. La fin ultime y est libérale, au sens où l'individu en est l'objet premier. Ce premier élément est sous-tendu par des valeurs, que se doit de réaliser l'ordre juridique, afin de parvenir à cette fin : il s'agit de prévoir des droits, *via* les règles de droit protégeant la liberté de l'individu, et pouvant être sous-tendus par des prestations. De même, la règle de droit doit comporter certaines caractéristiques, notamment la clarté et la prévisibilité ; elle est également le produit de débats démocratiques, et se voit sanctionner par une autorité juridictionnelle. Tous ces éléments sont des objectifs intermédiaires permettant de réaliser la fin ultime de l'État de droit ; ils sont en eux-mêmes tant des

2882. ROUSSEAU (D.), « L'État de droit est-il un état de valeurs particulières ? », *op. cit*. in *L'équilibre des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, *op. cit.*
2883. HAMON (L.), *ibid*., p. 712.
2884. LESNER (W.), *ibid*., p. 78.
Léo Hamon exprime la même idée : « l'État de droit n'est jamais définitivement acquis, il reste toujours à créer, à avancer » (*idem*).
2885. Voir i*nfra* : Partie II, Titre II, Chapitre II, Section I, II, A, 2, a.

buts que des moyens. Enfin, l'ordre juridique doit disposer également de caractéristiques qui ne sont que des moyens purs, permettant de réaliser tous ces éléments : il s'agit de mettre en place une hiérarchie des normes ainsi que la séparation des pouvoirs, dont le respect est assuré par une autorité juridictionnelle, à l'encontre de tous les organes. Il y a en somme trois strates dans l'État de droit : une fin ultime, des valeurs (qui sont tant des objectifs que des moyens) et des moyens purs. Dans tous ces éléments, la figure du juge est centrale : elle y apparaît tant comme une valeur qu'un moyen.

4. Le recours pour excès de pouvoir, outil nécessaire et légitime de l'État de droit

Nous avons vu comment le juge de l'excès de pouvoir avait pu être décrit comme garant de l'État légal car il veille au respect de la loi. La nouvelle dimension attribuée à son office, tournée dorénavant davantage vers la protection des droits, le fait entrer de plain-pied dans l'État de Droit. L'État s'auto-limite par le biais d'une soumission de l'administration et du législateur au Droit, et par la reconnaissance de droits opposables par les individus[2886].

Le juge de l'excès de pouvoir s'inscrit parfaitement dans cette théorie[2887]. Certes, il ne peut pas contrôler la constitutionnalité de la loi. Mais, nous l'avons vu, depuis 1958, ce rôle est attribué par la Constitution au Conseil constitutionnel. C'est donc par l'extension des normes invocables à l'appui des contestations contre les actes administratifs que le juge a su participer à la mise en place de l'État de droit. Sans juge pour faire respecter les droits, leur inscription normative n'aurait en effet que peu d'intérêt[2888]. Cet infléchissement était nécessaire à l'émergence de l'État de Droit. Il en va de même de l'approfondissement de son contrôle sur l'administration[2889].

2886. CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, pp. 488-494 ; WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, 2e éd., *op. cit.*, pp. 397-407 ; CHEVALLIER (J.), « La dimension symbolique du principe de légalité », *op. cit.*, notamment pp. 1671-1673 ; « L'État de droit », *RDP* 1988, pp. 313-380 ; *L'État de droit*, 5e éd., Montchrestien, Paris, 2010, 158 pages ; HAMON (L.), « L'État de droit et son essence », *op. cit.* ; REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, *op. cit.* ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law, op. cit.*, pp. 323-431 ; FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe siècle au XXe siècle*, thèse, Dalloz, Paris, 2003, 805 pages, pp. 5-8.
2887. Marcel Waline, s'appuyant sur Hauriou, considère que l'existence du recours pour excès de pouvoir démontre que l'État de droit se base sur la théorie de l'auto-limitation : WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, 2e éd., p. 399.
2888. Comme le résume Jacques Chevallier, « si le juge administratif reste comme par le passé juge de la « légalité » de l'action administrative, c'est donc au prix d'un profond infléchissement de la conception même de la légalité et des normes dont il fait application : l'intégration progressive dans le « bloc de légalité », entendu désormais au sens large, de la Constitution, des traités et du droit communautaire dérivé ainsi que la référence aux « principes » d'origine jurisprudentielle lui a permis de maintenir la subordination juridique de l'administration en comblant les failles de la législation » (CHEVALLIER (J.), *L'État de Droit*, *op. cit.*, p. 72, voir aussi pp. 84-87).
2889. *ibid.*, pp. 75-77. Voir aussi : CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *op. cit.*, pp. 318-342.

Le juge de l'excès de pouvoir y gagne aussi en légitimité. Ce qu'il a aidé à produire rejaillit sur lui. Puisque son rôle s'inscrit dans la préservation de l'État de Droit, il peut, sans crainte, faire évoluer son office. L'accroissement des normes invocables et l'extension de son contrôle ne paraissent pas suspects. Le juge n'est plus seulement le garant de la volonté du législateur. Son rôle s'inscrit au-delà, dans la soumission de l'administration à tout le droit. En cela, il est garant de l'État de droit. En retour, en s'inscrivant dans cette optique, il assoit encore un peu plus sa légitimité, lorsqu'il fait évoluer l'examen de la légalité des actes administratifs. Il y a un véritable enrichissement mutuel entre contrôle du juge de l'excès de pouvoir et garantie de l'État de droit.

Le recours pour excès de pouvoir constitue donc un moyen de l'État de droit. Il n'est pas le premier mis en évidence, la problématique étant avant tout de soumettre le législateur aux normes constitutionnelles. Il n'en reste pas moins un élément constitutif central[2890]. Le même constat s'opère pour la *judicial review*, à ce ceci près que, bien plus que le recours pour excès de pouvoir, sa place se trouve au cœur des réflexions sur la *rule of law.*

B. L'affirmation du fondement de common law *de la* judicial review *: la* rule of law *comme élément de légitimation du contrôle*

Grâce à une jurisprudence de plus en plus audacieuse, le contrôle du juge anglais s'est développé jusqu'à parvenir à un état similaire à celui du Conseil d'État. À l'incorporation et l'influence de nouvelles normes s'est couplée l'émergence de nouveaux cas d'ouverture difficiles à rapprocher de la volonté du Parlement. Afin de légitimer cette production normative, les juristes font appel à la notion de *rule of law*[2891]. Elle constitue un idéal dont s'inspirent les juges afin d'élaborer la *common law.* Ces deux entités partagent une histoire commune et ancienne, basée sur la figure du juge[2892]. Il est ainsi fréquent que les juges fassent appel à la *rule of law* dans leurs jugements[2893].

2890. BELL (J.), *French Legal Cultures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, 276 pages, pp. 155-156.
2891. Pour une étude complète de cette notion : WALKER (G.), *The Rule of Law. Foundation of Constitutional Democracy*, Melbourne University Press, 1988, 501 pages ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, notamment pp. 165-321.
Voir également : CLARKE (A.) et SORABJI (J.), « The Rule of Law and Our Changing Constitution », pp. 39-59 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A Liber Amicorum*, sous la dir. M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit.*
2892. *ibid*.
Voir également : ARNDT (H.W.), « The Origins of Dicey's Concept of the « Rule of Law » », *The Australian Law Journal* 1957, pp. 117-123 ; SEDLEY (S.), « The sound of silence : constitutional law sithout a constitution », *LQR* 1994, pp. 270-291, notamment pp. 285-291 ; FAIRGRIEVE (D.), « État de Droit and Rule of Law : Comparing Concepts », pp. 187-211 in *Le Droit Public Britannique : État des Lieux et Perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit.* ; FRIEDMAN (D.), « A common law of human rights : history, humanity and dignity », *EHRLR* 2016, pp. 378-397.
2893. Thomas Bingham note ainsi : « […] il est vrai que la rule of law a été invoquée de façon systématique par les

Ils ont été rejoints récemment par le Parlement, qui a textuellement consacré ce concept en 2005. Le *Constitutional Reform Act*, qui a créé notamment la Cour Suprême britannique, précise dès sa première section : « cette loi n'a pas vocation à contredire (a) le principe constitutionnel de la rule of law […] ». Certes, laconiquement et péremptoirement affirmé, le respect de la *rule of law* manque de précision. Les juges sont chargés d'en garantir le respect, et donc d'en définir les exigences. Toutefois, il est indéniable que son invocation a une portée politique visant à légitimer l'action de celui s'y soumettant. Il s'agit ici du Parlement, mais la même conclusion s'applique aux juges. Plusieurs précisions doivent être apportées sur cette notion.

D'un point de vue historique, l'Angleterre a très tôt connu certaines limites, plus ou moins effectives, au pouvoir royal[2894]. De grands textes ont été adoptés, au premier rang desquels figure la *Magna Carta* de 1215, introduisant l'interdiction d'emprisonner sans jugement[2895]. Mais, c'est surtout au XVIIe siècle que ce mouvement va s'accroître, complété en cela par le développement de positions judiciaires libérales. Le premier aspect se traduit par l'adoption de plusieurs textes venant rappeler et renforcer les principes de la *Magna Carta* : le *Petition of Rights* de 1628, proclame notamment le droit à la sûreté, renforcé en 1679 par l'*Habeas Corpus Act*, consacrant une procédure judiciaire de *common law*[2896], puis par le *Bill of Rights*, véritable déclaration de droits imposée au monarque, et faisant du Parlement l'organe central dans le système juridique anglais[2897]. Selon Jean-Yves Morin, c'est d'ailleurs dans un texte de 1610 qu'apparaît l'expression de *rule of law* pour la première fois[2898]. Il s'agit du *Petition of Grievances*, par lequel les parlementaires anglais souhaitent « garantir la sûreté et la prévisibilité de la loi, qui permettent à tout individu de saisir sa conduite avec assurance »[2899]. À la dimension textuelle s'ajoute l'œuvre jurisprudentielle, notamment via le développement des *prerogative writs*, mais aussi des décisions célèbres du juge Coke[2900]. Se fondant

juges dans leur jugement » (Lord Bingham, « The rule of law », *CLJ* 2007, pp. 67-85, p. 67). On peut se référer aux jugements listés par l'auteur. Nous renvoyons également aux décisions mentionnées par la suite dans les développements.

Il est également possible de faire référence à d'autres affaires qui ne seront pas traitées dans ces développements, mais qui ont un impact important en droit anglais, et ayant recours à cette notion : *R. (on the application of Cart) v. Upper Tribunal* [2009] EWHC 3052 ; *R. (on the application of Cart) v. Upper Tribunal* [2011] QB 120 ; *R. (on the application of Cart) v. Upper Tribunal* [2011] UKSC 28 ; *Osborn v. The Parole Board* [2013] UKSC 61 ; *R. (on the application of Privacy International) v. Investigatory Powers Tribunal* [2017] EWHC 114.

2894. MORIN (J.-Y.), *L'État de droit : émergence d'un principe de droit international*, *op. cit.*, pp. 52-64 ; CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, *op. cit.*, pp. 41-54 ; BINGHAM (T.), *The Rule of Law*, Penguin Book, Londres, 2010, 213 pages, pp. 10-33 ; BULLIER (A.J), *La Common Law*, 4e éd., Dalloz, 2016, 162 pages, pp. 43-44.

2895. Article 39 : « Aucun homme libre ne sera saisi, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, déclaré hors-la-loi, exilé ou exécuté, de quelque manière que ce soit. Nous ne le condamnerons pas non plus à l'emprisonnement sans un jugement légal de ses pairs, conforme aux lois du pays ».

voir : HOLDSWORTH (W.), *A History of English Law*, *op. cit.*, vol. I, pp. 55-63.

2896. HOLDSWORTH (W.), *ibid.*, vol. I, pp. 226-231.

2897. MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », *op. cit.*, pp. 841-842.

2898. MORIN (J.-Y.), *L'État de droit : émergence d'un principe de droit international*, *op. cit.*, p. 56.

2899. *idem*.

2900. MORIN (J.-Y.), *ibid.*, pp. 55-57 ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 175-212 ; CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, *op. cit.*, pp. 44-49.

sur la *common law* il va affirmer l'importance de l'indépendance de la justice ainsi que l'interdiction pour le roi de créer de nouveaux délits pénaux par voie de proclamation[2901] ; il ira jusqu'à considérer possible un contrôle de la loi par les juges, décision dont la résonance est encore forte aujourd'hui aux États-Unis[2902]. Il y a indéniablement un « lien étroit entre le *rule of law* et la culture du droit anglais [qui] rend cette doctrine à la fois difficile à exposer et quasiment impossible à exporter »[2903]. Toutefois, son importance aujourd'hui est le résultat, une fois encore, de l'œuvre de Dicey, qui en a fait, à la fin du XIXe siècle l'un des deux principes fondamentaux du système juridique anglais[2904].

La *rule of law* fait figure de concept légitimant pour les juges. En l'invoquant, ils peuvent justifier certaines de leurs décisions les plus controversées, surtout lorsqu'elles impliquent une confrontation avec le Parlement (4.). Pour parvenir à cette utilisation, les juges et la doctrine ont dû élaborer une conception de la *rule of law* sous forme d'un idéal à atteindre (1.). La *judicial review* y occupe une place de choix : tant élément de définition, que vecteur des valeurs promues (2.), elle traduit l'importance constitutionnelle du rôle des juges (3.), à tel point d'ailleurs qu'ils trouvent en elle un allié efficace pour tempérer les excès de la souveraineté du Parlement (4.).

1. Un ensemble de valeurs formelles et substantielles à réaliser

La *rule of law* constitue un idéal fondé sur des valeurs diverses. Sa définition se révèle être subjective, et ne relève pas du donné, mais du construit (a.). Elle se distingue de l'État de droit, sans s'y opposer pour autant (b.).

a. La double acception de la *rule of law* : un idéal formel et substantiel

La notion de *rule of law*, à l'instar de celle d'État de droit, n'est ni précise ni fixe. Elle comporte une dimension subjective conduisant ces promoteurs à y faire entrer différents éléments constitutifs. Deux conceptions sont identifiables : une conception formelle et une conception

2901. *Prohibitions del Roy* (1607) 12 Co. Rep. 63 et *Case of Proclamations* (1610) 12 Co. Rep. 74.
2902. *Dr. Bonham's Case* (1610) 8 Co. Rep. 113.
PLUCKNETT (T.), « Bonham's Case and Judicial Review », *Harvard Law Review* 1926-1927, pp. 30-70.
2903. FAIRGRIEVE (D.) et MUIR WATT (H.), *Common Law et tradition civiliste*, PUF, Paris, 2006, 62 pages, p. 19 (Ce sont les auteurs qui soulignent).
2904. DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the Constitution*, *op. cit.*, pp. 107-122 et pp. 268-273.
Voir : ARNDT (H.W.), « The Origins of Dicey's Concept of the « Rule of Law » », *The Australian Law Journal* 1957, pp. 117-123 ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 213-261 ; BINGHAM (T.), *The Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 3-9.

substantielle[2905]. Cette distinction est soumise à critique et la porosité entre elles est très forte[2906]. Toutefois, elle permet de rendre compte des valeurs généralement inscrites dans la *rule of law.*

La première consiste à définir la *rule of law* comme un ensemble de valeurs portant avant tout sur la qualité du droit. Dans ce cas, elle se compose de conditions formelles et procédurales permettant d'évaluer la norme. Dans cette conception, notamment défendue par Joseph Raz, le droit doit avoir différentes qualités : disposer pour l'avenir, être accessible et clair ; être relativement stable ; être élaboré sur le fondement de règles générales elles-mêmes stables, claires et accessibles ; de plus, l'indépendance des juges doit être garantie ; les principes procéduraux de *natural justice* doivent être protégés ; et le contrôle des cours est nécessaire[2907]. Joseph Raz cherche avant tout à empêcher le développement des pouvoirs arbitraires, en défendant l'idée que le droit doit être clair, stable et prévisible[2908]. Il met également en évidence la nécessité que le système juridique soit pourvu d'institutions fortes, notamment d'une justice indépendante[2909]. Sa conception de la *rule of law* se trouve ainsi dotée d'un versant procédural. La principale valeur de la *rule of law* est de permettre l'efficacité du droit, non de défendre des valeurs morales[2910].

2905. MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », *op. cit*., notamment pp. 880-895 ; BELL (J.), « Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'État de droit », pp. 16-28 in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit*. ; CRAIG (P.), « Formal and substantive conceptions of the rule of law : an analytical framework », *PL* 1997, pp. 467-487 ; ALLAN (T.R.S.), « The rule of law as the rule of reason : consent and constitutionalism », *LQR* 1999, pp. 221-244 ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 266-267 ; « Constitutional foundations, the rule of law and supremacy », *op. cit.*, p. 96 ; DYZENHAUS (D.), « Form and Substance in the Rule of Law : A Democratic Justification for Judicial Review ? », pp. 141-172 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit.* ; « The Legitimacy of the Rule of Law », pp. 33-54 in *A Simple Common Lawyer. Essays in Honour of Michael Taggart*, sous la dir. de D. Dyzenhaus, M. Hunt et G. Huscroft, *op. cit.* ; CARPANO (E.), *État de droit et droits européens, op. cit.,* pp. 279-287 ; PARPWORTH (N.), *Constitutional and Administrative Law*, 7e éd., *op. cit.*, pp. 34-51 ; FAIRGRIEVE (D.), « État de droit and rule of law : comparing concepts – a tribute to Roger Errera », *PL* 2015, pp. 40-59, notamment pp. 52-55 ; « État de Droit and Rule of Law : Comparing Concepts », voir pp. 203-207 in *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit.* ; JOWELL (J.), « The Rule of law », pp. 13-37 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.
Pour une présentation alternative, voir : MASTERMAN (R.) et MURRAY (C.), *Exploring Constitutionnal and Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 164-206. les auteurs distinguent trois formes de *rule of law* : la forme « de base », défendue par Dicey ; une forme « étendue », présentée par Fuller ; et une forme « substantielle » ressortant des écrits de Dworkin.
2906. FAIRGRIEVE (D.), « État de Droit and Rule of Law : Comparing Concepts », *op. cit.*, pp. 204-205.
2907. RAZ (J.), « The Rule of Law and Its Virtue », *LQR* 1977, pp. 195-211.
Voir également : WALKER (G.), *The Rule of Law. Foundation of Constitutional Democracy*, *op. cit.*, notamment pp. 1-47. L'auteur s'appuie en grande partie sur Raz pour élaborer sa propre conception, elle aussi formelle et procédurale. Il met en lumière douze valeurs dans la *rule of law* et insiste en particulier sur l'indépendance des cours et les règles procédurales de *natural justice*.
2908. Une définition similaire est donnée par John Finnis, pour qui un système juridique est conforme à la *rule of law* dès lors, notamment, que les règles juridiques ne sont pas rétroactives, qu'elles sont claires, cohérentes et stables : FINNIS (J.), *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, 425 pages, pp. 270-271.
2909. RAZ (J.), « The politics of the Rule of Law », *Ratio Juris* 1990, pp. 331-339.
Voir : MOCKLE (D.), *ibid.*, pp. 886-887.
2910. RAZ (J.), « The Rule of Law and Its Virtue », *op. cit.*, p. 208.
De même voir : WALKER (G.), *ibid*. Pour l'auteur, la vision substantielle de la *rule of law* conduit nécessairement à la lier aux démocraties libérales ayant une économie de marché.

Dicey peut être aussi considéré comme promoteur d'une vision plutôt formelle de la *rule of law*. Se tenant aux côtés du principe de la souveraineté parlementaire, mais y étant soumise, elle a vocation à placer l'exécutif et les pouvoirs administratifs sous le respect du droit, par le biais des cours[2911]. Le but est triple pour Dicey : empêcher le développement de pouvoirs administratifs discrétionnaires, garantir l'égalité formelle devant le droit et enfin permettre la protection des droits par les juges de *common law*.

La vision formelle de la *rule of law* conduit à rendre le droit prévisible, permettant ainsi aux individus d'agir en fonction de lui[2912]. Énonçant les huit préceptes formels mis en évidence par l'auteur américain Lon Fuller, et très similaires à ceux de Raz, John Bell en conclut qu'ils « donnent au citoyen une possibilité sérieuse de se conformer aux règles de droit. De cette façon, une situation équitable s'établit où il est à l'abri de l'exercice d'un pouvoir arbitraire de l'administration »[2913]. C'est une vision similaire qu'en donne Friedrich Hayek[2914].

À cette première conception s'en ajoute une seconde, plus substantielle. La *rule of law* ne porte alors pas uniquement sur la qualité du droit, mais également sur son contenu. Elle va alors venir contraindre plus matériellement la production de normes. Cette dimension apparaît, pour certains auteurs, nécessaire au concept. La *rule of law* ne peut se contenter uniquement d'une définition basée sur des valeurs formelles[2915]. Le risque est d'aboutir à légitimer des systèmes respectueux de la dimension formelle, mais dont le droit serait discriminatoire, voire immoral[2916]. Toutefois, il est difficile de faire une liste des valeurs substantielles qu'elle comporte. Le professeur Allan relève qu'il est possible d'y faire entrer les valeurs d'égalité, de « justice » (*fairness*) et de proportionnalité[2917]. Il va même plus loin en reconnaissant la capacité des juges à neutraliser une loi

2911. Sur les composantes de la *rule of law* chez Dicey, voir s*upra* : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II, I, A.
Voir également : ARNDT (H.W.), « The Origins of Dicey's Concept of the « Rule of Law » », *The Australian Law Journal*, 1957, pp. 117-123 ; MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », *op. cit.*, pp. 880-882 ; CRAIG (P.), « Formal and substantive conceptions of the rule of law : an analytical framework », *op. cit*., pp. 470-474 ; JOWELL (J.), « The Rule of Law », notamment pp. 14-19 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.
2912. RAZ (J.), « The Rule of Law and Its Virtue », *op. cit.*, p. 198 et pp. 202-205.
2913. BELL (J.), « Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'État de droit », p. 18, voir également p. 19 in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit.*
2914. HAYEK (F. A.), *La route de la servitude*, 6e éd., PUF, Paris, 2013, 260 pages, pp. 79-94.
2915. BINGHAM (T.), « The rule of law », *CLJ* 2007, pp. 67-85 ; FAIRGRIEVE (D.), « État de Droit and Rule of Law : Comparing Concepts », voir pp. 205-206 in *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit*.
Là encore, l'idée n'est pas totalement nouvelle puisque dès le XVIIe siècle, John Locke militait pour la protection des droits des individus, notamment en posant l'existence du droit de résistance comme ultime moyen de recours. Voir : DUNN (J.), *La pensée politique de John Locke. Une présentation historique de la thèse exposée dans les « Deux traités du gouvernement »*, PUF, Paris, 1991, 286 pages.
2916. BELL (J.), *ibid.*, p. 18.
Ce risque est parfaitement connu et admis par Raz, pour qui la *rule of law* n'a rien à dire sur le contenu du droit. Dès lors, un État totalitaire peut respecter la *rule of law* : RAZ (J.), *ibid.*, p. 196.
2917. ALLAN (T.R.S.), « The rule of law as the rule of reason : consent and constitutionalism », *op. cit*.

par l'interprétation[2918]. Tel est le cas, selon lui, lorsque la loi viole les « principes et valeurs de moralité politique », c'est-à-dire la démocratie et les principes de justice, ceux-ci permettant la protection des droits civils et politiques de l'individu : la liberté d'expression, la liberté d'information, la liberté de conscience, et la liberté d'association[2919]. *In fine*, pour Allan, le but est de préserver l'autonomie et la dignité de l'individu[2920]. John Laws défend une vision axée sur la défense des droits, dans la droite ligne de sa vision kantienne de l'autonomie de l'individu[2921]. Il fait de la liberté le premier principe de la *rule of law*[2922]. De cette dimension substantielle découlent deux corollaires plus formels : la sécurité juridique permise par l'accessibilité et le caractère non-rétroactif de la norme, et le respect de la « justice » (*fairness*) à travers l'égalité et les principes procéduraux[2923]. Jeffrey Jowell défend une vision à la fois substantielle et formelle. Il met l'accent sur quatre principes, pouvant se recouper, et qui composent la *rule of law* : le principe de légalité, impliquant l'obligation pour tous de respecter le droit, mais plus précisément pour les pouvoirs publics d'agir par, et dans les limites, du droit ; le principe de sécurité juridique permettant, pour l'individu, de connaître le droit en avance ; l'égalité formelle devant le droit ; et enfin l'accès à la justice et aux droits, sous-tendu par l'existence d'une procédure contradictoire devant des cours impartiales et indépendantes, permettant le respect de la dignité humaine et de la démocratie dans une acception substantielle[2924]. Dans une démarche similaire, Thomas Bingham énumère huit valeurs : l'intelligibilité et la clarté du droit ; les questions juridiques doivent être réglées par le droit et non le pouvoir discrétionnaire ; l'égalité devant la loi sauf situation objectivement différente ; la protection des droits ; l'existence de moyens de résolution des litiges accessibles ; la réglementation de l'exercice du pouvoir des autorités publiques par le droit (correspondant aux cas d'ouverture de la *judicial review*) ; les procédures de décision doivent être justes ; le respect par l'État de ses

2918. ALLAN (T.R.S.), « The Limits of Parlementary Sovereignty », *PL* 1985, pp. 614-636.
2919. ALLAN (T.R.S.), « The rule of law as the rule of reason : consent and constitutionalism », *op. cit*., p. 238.
2920. *idem*.
2921. LAWS (J.), « The Constitution : Morals and Rights », *PL* 1996, pp. 622-635.
Voir également la réponse de Lord Irvine of Lairg : « Response to Sir John Laws 1996 », *PL* 1996, pp. 636-638.
Sur les idées de Kant, voir notamment : CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, *op. cit.*, pp. 66-80.
2922. En conséquence, John Laws reconnaît au sein de la *rule of law* uniquement les « droits négatifs » c'est-à-dire ceux permettant de protéger l'individu contre les actions de l'État. L'auteur ne s'oppose pas à l'existence des « droits positifs » mais il considère que leur reconnaissance relève d'un choix politique, appartenant à l'exécutif.
2923. *ibid*., p. 630.
Paul Craig adopte également une vision substantielle visant à protéger des droits précis, en s'appuyant sur le travail de Dworkin : CRAIG (P.), « Constitutional foundations, the rule of law and supremacy », *PL* 2003, pp. 92-111, voir pp. 96-106 ; « Theory and Values in Public Law : A Response », pp. 23-46 in *Law and Administration in Europe. Essays in Honour of Carol Harlow*, sous la dir. de P. Craig et R. Rawlings, OUP, Oxford, 2003. Sur les idées de Dworkin et leur résonance en droit anglais, voir : MacCORMICK (N.) et WEINBERGER (O.), *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, LGDJ, Paris, 1992, 237 pages, pp. 183-200.
2924. JOWELL (J.), « Beyond the rule of law : towards constitutional judicial review », *PL* 2000, pp. 671-683 ; « The Rule of Law », voir pp. 19-24 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.
Voir également : JOWELL (J.), « Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis », *PL* 2006, pp. 562-579, p. 573 : « notre démocratie n'est plus synonyme de règne de la majorité ».

obligations internationales[2925].

Mais, comme pour l'État de droit, il ne faut pas opposer ces deux visions. Si la seconde est une étape supplémentaire, la première apparaît indispensable et constitue une garantie de la liberté des individus. La clarté, la prévisibilité et la stabilité juridique sont des éléments indispensables pour que les individus puissent anticiper et mesurer les conséquences de leurs actions[2926]. D'ailleurs, il est certain que si Dicey adoptait une vision *a priori* purement formelle et procédurale de la *rule of law*, c'est qu'il considérait le système anglais comme suffisamment libéral sur le fond[2927]. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, il considère que la liberté est résiduelle au sein de la *common law* : tout ce qui n'est pas interdit est autorisé. Dès lors, il n'est pas nécessaire d'adopter un contenu positif, substantiel de la *rule of law*, puisqu'il suffit pour tout à chacun de savoir précisément et clairement ce qu'il ne peut pas faire, pour savoir où se trouve sa liberté. La définition des libertés est l'affaire des juges, dans une démarche casuistique[2928]. Dès lors, point besoin d'une déclaration de droits, la *common law* suffit[2929].

Affirmer cela revient à mettre au cœur de la protection de la *rule of law* la façon dont sont prises les décisions. Plus exactement, il s'agit de rechercher la meilleure façon de garantir les valeurs formelles et substantielles la composant. Telle est la position défendue par David Dyzenhaus[2930]. Il considère la procédure comme étant une valeur suprême, permettant la réalisation optimale des autres. C'est parce que la substance du droit est fondamentale « que nous devons essayer de veiller à ce qu'elle soit produite de la façon la meilleure possible et que nos décisions

2925. BINGHAM (T.), « The rule of law », *CLJ* 2007, pp. 67-85.
Ces éléments sont développés dans un livre qui constitue une référence en Angleterre : BINGHAM (T.), *The Rule of Law*, Penguin Book, Londres, 2010, 213 pages.
2926. BELL (J.), « Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'État de droit », notamment p. 19 in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit.*
Voir également : ELLIOTT (M.), « 1 000 words : The Rule of Law », sur le site *Public Law for Everyone*, article publié le 16 octobre 2015.
2927. On peut, pour s'en convaincre, se référer à son célèbre ouvrage. Après avoir traité de la *rule of law*, Dicey étudie trois grandes libertés : le droit à la liberté personnelle, le droit à la libre communication des pensées et opinions et le droit de réunion (DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, pp. 123-179).
2928. « en Angleterre les principes dits constitutionnels ressortent par inductions ou généralisation des décisions d'espèce rendues par les cours sur les droits des individus » : DICEY (A.V.), *ibid.*, p. 117.
2929. Cela explique, en partie, l'aversion traditionnelle des Anglais pour les déclarations de droit : elles sont considérées comme trop théoriques, abstraites et peu utiles. Voir : DICEY (A.V.), *ibid*., pp. 117-120 ; BELL (J.), *ibid*., pp. 22-23 ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit*., pp. 282-296.
De plus en plus de réflexions sont engagées sur la nécessité d'un *Bill of Rights* en droit anglais. En fait, il s'agit plutôt pour ses promoteurs de remplacer le *Human Rights Act* par une déclaration interne des droits, et ce, afin de mettre fin à ce qu'ils considèrent comme une jurisprudence européenne beaucoup trop intrusive et non respectueuse des valeurs anglaises. Voir par exemple, pour une proposition en ce sens : GRIEVE (D.), « Can a Bill of Rights do better than the Human Rights Act ? », *PL* 2016, pp. 223-234.
2930. DYZENHAUS (D.), « Reuniting the Brain : The Democratic Basis of Judicial Review », *Public Law Review* 1998, pp. 98-110 ; « Form and Substance in the Rule of Law : A Democratic Justification for Judicial Review ? », pp. 141-172 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit*.

soient contrôlées à la lumière de l'expérience »[2931]. Centrer la *rule of law* sur la procédure permet de garantir trois éléments fondamentaux, inhérents à la démocratie et au droit administratif selon l'auteur : la participation, la responsabilité et la justification. La première est permise *via* les institutions légitimes du point de vue d'un régime démocratique, c'est-à-dire du Parlement en premier lieu, et des cours par voie dérivée ; la seconde est promue par les cours en tant que « gardiennes des principes fondamentaux du droit » et donc protectrices de la *rule of law* ; et enfin la justification qui revient à mettre les débats, et échanges d'arguments, au cœur de la production normative, et découle en fait de la participation des citoyens à travers le Parlement ou la saisine d'un juge[2932]. Tout comme dans la vision procédurale de l'État de droit promue par Dominique Rousseau et Léo Hamon, la conception de Dyzenhaus entend faire du citoyen un élément actif du système démocratique, par la voie de mécanismes politiques, mais également juridictionnels.

b. La distinction avec l'État de droit : un idéal de finalité

Les éléments que nous venons ici de mettre en lumière ne doivent pas conduire à penser qu'il y a une identité des concepts. L'État de droit a été avant tout pensé afin de permettre le contrôle du législateur, au regard d'un texte constitutionnel, et ce, afin de le limiter. Néanmoins, comme nous allons le voir, les juges essaient de concilier la *rule of law* et la suprématie du Parlement. Plus généralement, tout comme l'État de droit, la *rule of law* ne peut être un absolu. Elle doit être un objectif vers lequel il faut tendre, mais qui accepte une forme de souplesse et de conciliation, au risque sinon de conduire à des excès aux conséquences indésirables[2933]. Mais avant de développer cette idée, il est utile de mettre en évidence certains éléments de comparaison entre les deux notions. Deux doivent être mis en lumière.

D'une part, la *rule of law* ne porte pas sur l'État, l'Angleterre ne reconnaissant pas un tel concept. Elle s'exprime donc de façon différente par rapport à l'État de droit[2934]. Plus précisément, si

2931. DYZENHAUS (D.), « Form and Substance in the Rule of Law : A Democratic Justification for Judicial Review ? », *ibid*., p. 171.
2932. *ibid*., pp. 170-172.
Pour un argument similaire, faisant du prétoire un lieu de délibération : FREDMAN (S.), « From Dialogue to Deliberation : Human Rights Adjudication and Prisoners' Rights to Vote », *PL* 2013, pp. 292-311.
2933. Comme le montre parfaitement Timothy Endicott, si la *rule of law* est un idéal absolu alors elle est irréalisable, car elle porte en elle des valeurs impossibles à appliquer concrètement. Par exemple, le droit ne peut pas toujours être précis, il doit parfois être plus vague pour permettre son adaptation. Dès lors, soit la *rule of law* est absolue et apparaît inutile, car elle est irréalisable ; soit elle autorise une forme de conciliation nécessaire avec une certaine dose d'imprécision du droit. Voir : ENDICOTT (T.), « The Impossibility of the Rule of Law », *OJLS* 1999, pp. 1-18.
2934. BEAUD (O.), « La notion d'État », *Archives de philosophie du droit*, n°35, 1990, pp. 119-141 ; FAIRGRIEVE (D.), « État de droit and rule of law : comparing concepts – a tribute to Roger Errera », *PL* 2015, pp. 40-59, notamment 46-47.

elle a vocation à s'appliquer au pouvoir, cela concerne tant le pouvoir public que le pouvoir privé. La *rule of law* a vocation à traduire des valeurs s'appliquant tant dans les relations verticales qu'horizontales. Toutefois, il est clair qu'elle trouve son expression la plus parfaite dans le droit public[2935]. La question de la source du droit n'est donc pas pertinente dans la conception de la *rule of law*. Si l'État de droit voit s'affronter les notions d'hétérolimitation et d'autolimitation, à l'inverse, dépourvu du concept d'État, la *rule of law* n'est pas soumise à cette problématique : elle apparaît « *inhérente* au système de common law tel qu'il se développement lentement sur un fondement casuistique, comme élément d'une approche constitutionnelle purement interne »[2936].

D'autre part, et cela découle du point précédent, là où l'État de droit est conçu avant tout comme un moyen, la *rule of law* est une finalité[2937]. Elle pose des valeurs à atteindre, sans être structurée autour d'un mécanisme en particulier : la question est avant tout « quoi ? » plutôt que « comment ? ». Cela a pu donner une impression de plus grande consistance à la *rule of law*, par rapport au discours sur l'État de droit ; la première serait plus pragmatique là où le second serait plus abstrait[2938]. Reflet d'une réalité qu'il ne s'agit pas de remettre en cause, cette affirmation nous semble néanmoins à tempérer. Il est indéniable que la *rule of law* est porteuse de valeurs qui permettent de l'articuler plus clairement, que l'on en ait une conception formelle ou substantielle. Toutefois, celles-ci ne sont pas toujours d'une grande précision, et apparaissent davantage comme des lignes de conduite ou des idéaux à poursuivre. Tel est le cas, pour ne prendre que ces exemples, des valeurs de clarté et d'accessibilité du droit, d'indépendance des juges, de proportionnalité ou de protection des droits. Il paraît bien difficile d'en donner un sens précis et fixe, qui soit suffisamment concret pour être utilisé efficacement. Mais, et c'est là aussi la force de la *rule of law*, cette dose d'imprécision en permet l'évolution et l'adaptation. Quant à l'État de droit, s'il peut manquer de précision quant aux valeurs qu'il porte c'est avant tout parce que la France détenait déjà un ensemble de droits écrits. C'est leur caractère opératoire qui faisait défaut, d'où un discours plutôt centré sur les moyens. En Angleterre, à l'inverse, les moyens sont déjà existants, il est surtout question d'en

2935. Ainsi pour Raz : « prise dans son sens le plus large, elle signifie que les individus doivent respecter le droit et être gouvernés par lui. Mais dans la théorie politique et juridique elle est lue dans un sens plus restrictif, voulant que le gouvernement agisse par le biais du droit et y soit soumis » : RAZ (J.), « The Rule of Law and Its Virtue », *op. cit.*, p. 196.
De même, William Wade et Christopher Forsyth peuvent affirmer dans leur manuel : « la constitution Britannique repose sur la rule fo law, et le droit administratif est le domaine dans lequel l'application de ce principe est la plus prospère » : *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, p. 15.
2936. FAIRGRIEVE (D.), *ibid.*, p. 49 (C'est l'auteur qui souligne).
Voir également : COHEN-TANUGI (L.), *La métamorphose de la démocratie française. De l'État jacobin à l'État de droit*, *op. cit.*, p. 146-154 ; GARAPON (A.) et PAPADOPOULOS (I.), *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et common law, op. cit.*, notamment pp. 41-47 et pp. 51-52 ; CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 15-16.
2937. En général sur cette idée : TROPER (M.), « Le concept d'État de Droit », *op. cit.*, p. 63 ; MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », *op. cit*.
2938. FAIRGRIEVE (D.), *ibid*., pp. 47-48.

augmenter la substance et donc le caractère plus concret. La *judicial review* est centrale dans la *rule of law* ; sa longue histoire met en lumière que les procédures juridictionnelles sont fortement ancrées dans la tradition anglaise, là où elles faisaient l'objet de carences en France[2939]. Dans tous les cas, les réflexions sur la *rule of law* ne portent pas, au premier plan, sur les mécanismes en permettant le respect. La question, en droit anglais, n'est pas d'y soumettre le Parlement. La souveraineté de ce dernier et l'absence d'une hiérarchie des normes telle qu'elle existe en France rendent cette question inutile[2940]. Elle reste, en premier lieu, « un État légicentrique, dont le but est de favoriser la suprématie du législateur »[2941] ; elle n'a rien d'un « gouvernement constitutionnel »[2942]. Il suffit que des moyens existent pour que, tant les individus que les pouvoirs publics, respectent les valeurs de la *rule of law.*

Néanmoins, les réflexions et propositions pour permettre un contrôle de la loi se développent notamment en jurisprudence. La possibilité pour le Parlement d'adopter une loi abolissant, ou restreignant drastiquement, la *judicial review* pousse certains juges à considérer l'opportunité d'un contrôle au regard de la *rule of law.* Cette hypothèse, même si elle reste un cas d'école pour le moment, traduit l'importance constitutionnelle des juges au sein du système juridique anglais, résultat de l'affaiblissement de la toute-puissance du Parlement, dont nous avons déjà fait état. En cela, « l'autorité traditionnelle des juges en monde anglo-saxon permet de faire un lien direct avec la centralité de la fonction juridictionnelle dans la théorie de l'État de droit »[2943]. Les réflexions se centrent de plus en plus sur les moyens de sa réalisation complète.

Il y a ainsi un rapprochement qui s'opère entre les concepts d'État de droit et de *rule of law* : ils portent en eux tant des valeurs de finalité que des moyens de leur réalisation. Dans le cadre de ces derniers, la place du juge y apparaît centrale.

2939. Il ne faut pas pour autant nier l'importance des moyens politiques de contrôle dans le droit public anglais : MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », *op. cit.*, p. 833, pp. 867-871 et pp. 887-891 ; BELL (J.), « Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'État de droit », voir p. 16 et pp. 21-24 (notamment l'adoption de bonne conduite dans les administrations) *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit.* ; ZWART (T.), « Overseeing the executive : Is the legislature reclaiming lost territory from the courts ? », pp. 148-160 in *Comparative Administrative Law*, sous la dir. de S. Rose-Ackerman et P. L. Lindseth, *op. cit.*

2940. TROPER (M.), « Le concept d'État de droit », *op. cit.*, p. 63 ; MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », *op. cit.*, pp. 841-845 et pp. 865-871.

Pour une affirmation claire du maintien de la souveraineté du Parlement malgré le développement de la *rule of law* : BINGHAM (T.), *The Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 160-170.

2941. MOCKLE (D.), *ibid.*, p. 870. Plus loin, l'auteur relève : « De façon rétrospective, le modèle britannique n'aura été que l'exacerbation du phénomène de l'État légal » (*ibid.*, p. 871).

2942. Selon l'expression de John Finnis : FINNIS (J.), *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, 425 pages, p. 272.

2943. MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », *op. cit.*, p. 894.

2. La *judicial review*, composante et vecteur de la *rule of law*

Des différences apparaissent donc quant à la formulation de la *rule of law*. Cette notion n'a pas de sens prédéfini ; elle est le reflet de certaines valeurs appartenant à celui qui l'observe. Il y a une certaine part de subjectivité dans sa définition[2944]. Cela rend le travail doctrinal de définition et de précision difficile et ne permet pas de donner une base véritablement solide au contrôle de *judicial review*. Plus précisément, si l'appel à la *rule of law*, notion fondamentale du droit public anglais, conduit, par le consensus que crée sa longue existence, à parer le rôle des juges d'une grande légitimé, ce que recouvre précisément cette notion n'est pas sans équivoque[2945]. Néanmoins, l'inscription de certaines valeurs dans la *rule of law*, par la doctrine, nous semble démontrer deux points fondamentaux.

Dire que telle valeur en fait partie permet de légitimer, *a posteriori*, l'évolution du contrôle juridictionnel. La *judicial review* constitue, en cela, une composante de la *rule of law*. Tel est le cas, par exemple, de la définition de Sian Elias : l'auteur inclut dans les valeurs de la *rule of law* la légalité, la rationalité, la justice, mais aussi le respect des droits de l'Homme ainsi que l'égalité[2946]. On s'aperçoit que ce que contient la *rule of law* correspond, peu ou prou, aux cas d'ouverture de la *judicial review*. Cette dernière ne prend alors pas la *rule of law* comme modèle, mais l'enrichit, permettant dans le même temps de donner un fondement plus solide à une nouvelle jurisprudence. Cela nous semble parfaitement refléter les propos de plusieurs auteurs, affirmant que la *rule of law* « a permis de donner une justification importante à la limitation de l'exercice de pouvoirs

2944. Paul Craig admet clairement ce point. Il fait dépendre la conception de la *rule of law* du choix de la théorie de la justice de celui qui l'observe. Suivant la vision retenue, cela affecte alors nécessairement ce que chaque auteur considère comme appartenant à la *rule of law* : CRAIG (P.), « Formal and substantive conceptions of the rule of law : an analytical framework », *op. cit.* ; « Constitutional foundations, the rule of law and supremacy », *op. cit.*
On peut aussi se référer à la définition donnée par Jeffrey Jowell de la *rule of law*. Dans deux contributions à deux éditions différentes d'un même ouvrage, il est possible d'identifier une évolution dans les principes attribués à ce concept. En 2015, quatre sont mis en lumière : la légalité, la sécurité juridique, l'égalité formelle et l'accès à la justice et aux droits (« The Rule of Law », pp. 13-37, in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit.*). Or, dans son article de 2011, il en relevait six (« The Rule of Law and Its underlying Values », pp. 11-34 notamment pp. 16-24 in *The Changing Constitution*, 7e éd., sous la dir. de J. Jowell et D. Oliver, OUP, Oxford, 2011) : on retrouve la légalité, la sécurité juridique ; cependant, l'égalité n'est pas traitée en tant que tel, mais sous la catégorie nommée « cohérence » ; la catégorie « accès à la justice et aux droits » portait la dénomination plus procédurale de « procédure juste et accès à la justice » ; enfin, il ajoutait la responsabilité et l'efficacité de la règle de droit. Aucune explication n'est donnée par l'auteur aux évolutions provoquées dans la mouture de 2015. Elles conduisent à une simplification et à une clarification. Toutefois, il ne s'agit pas tant d'une évolution sur la conception même de la *rule of law* mais une réorganisation avant tout formelle puisque l'on retrouve, *in fine*, des propos très similaires. Cela dénote toutefois le caractère relatif et évolutif des conceptions de la *rule of law*, celles-ci étant dépendantes, en grande partie, de celui qui cherche à la définir.
2945. La Cour Suprême a d'ailleurs récemment affirmé, dans un jugement unanime, que le système judiciaire n'est pas un service public comme les autres, mais qu'il participe du respect du droit et constitue, de ce fait un élément fondamental de la *rule of law* : *R. (on the application of UNISON) v. Lord Chancellor* [2017] UKSC 51, [68] (Lord Reed).
2946. ELIAS (S.), « Administrative law for « living people » », *CLJ* 2009, pp. 47-66, notamment p. 59.

administratifs, en développant un tronc de valeurs institutionnelles composées de la légalité, de la sécurité juridique, de la cohérence, de procédure juste et d'accès à la justice. Étant un principe et non une règle claire, le contenu précis de la rule of law a été explicité dans une démarche casuistique, notamment ces dernières années »[2947]. Jeffrey Jowell défend également l'idée que la *judicial review* est le moyen permettant de faire respecter, dans la pratique, la *rule of law* et ce, par le biais de ses trois cas d'ouverture[2948]. De même, Thomas Bingham fait des cas d'ouverture de la *judicial review* l'un des huit éléments composant sa conception de la *rule of law.* En adoptant une vision avant tout centrée sur des valeurs de finalité, les auteurs donnent « une conception empirique et fonctionnelle de l'idée de justice afin de renforcer la légitimité du contrôle judiciaire »[2949]. Cela traduit un élément important de la *rule of law.* Bien plus que l'État de droit, et parce qu'elle est centrée surtout sur des valeurs de finalité, elle constitue une source de principes et de règles juridiques, comme en atteste l'importance des cas d'ouverture de la *judicial review.*

À l'inverse, il est possible d'avoir une vision plus large, permettant d'enrichir le contrôle des juges, considéré comme trop restreint. Dans cette optique, la *rule of law* apparaît comme un idéal dont les juges doivent s'inspirer pour en permettre la réalisation. Elle a un rôle prospectif pour la *judicial review* ; cette dernière est un vecteur de la *rule of law.* La démarche de John Laws entre dans ce cas de figure. Sa démarche vise à promouvoir le rôle des juges, plus qu'à seulement le décrire. Elle se révèle alors nécessairement empreinte d'une certaine dimension politique. En effet, il précise que, si les juges doivent protéger les droits négatifs, c'est-à-dire les droits-libertés, il ne leur revient pas de promouvoir les droits-créances[2950]. Les premiers permettent de faire fonctionner le régime démocratique ; ils appartiennent au domaine de l'action politique, menée par l'exécutif et le Parlement. En cela, les juges sont considérés comme les promoteurs d'une conception profondément libérale de la *rule of law*, tournée vers l'autonomie de l'individu, sa participation aux institutions politiques et limitant l'action publique. À cette fin, ce sont eux qui doivent définir en premier lieu les droits négatifs, afin d'obliger le gouvernement à les respecter[2951].

2947. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 570-571.
2948. JOWELL (J.), « The Rule of Law », voir pp. 29-33, in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.
Voir également : MORIN (J.-Y.), *L'État de droit : émergence d'un principe de droit international*, *op. cit.*, pp. 101-102.
2949. MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », *op. cit.*, p. 894.
2950. LAWS (J.), « The constitution : morals and rights », *PL* 1996, pp. 622-635.
Pour l'auteur, « l'idée de droits négatifs peut être traduite par le principe de l'interférence minimum » (*ibid*., p. 627), alors que « les droits positifs sont les affaires du débat politique » (*ibid*., p. 629).
2951. Une telle approche est considérée comme la meilleure pour garantir le caractère démocratique du régime. En cas de conflit entre un droit positif et un droit négatif, les juges ont un rôle central dans la résolution du problème. Ils doivent donner la priorité aux seconds en principe ; les premiers ne pourront s'imposer qu'en cas de justification objective forte et si leur respect permet soit de protéger indirectement un droit négatif, soit si les avantages découlant du droit positif dans le cas d'espèce sont tellement importants qu'il faut le laisser primer (*ibid*., p. 634). Toutefois, en cas de difficulté, l'auteur n'exclut pas l'hypothèse d'une décision du Parlement sur le sujet (*ibid*., p. 633). Cela signifie toutefois

De même, lorsque le professeur Allan parle des « principes et valeurs de moralité politique » c'est pour affirmer l'impossibilité d'en faire une liste[2952]. Ils évoluent selon le contexte politique et doivent être sans cesse recherchés. Le contenu de la *rule of law* n'est pas fixé par avance, mais se révèle mouvant ; il revient aux juges de le déterminer et de l'opposer au Parlement[2953]. Il leur suffira de « découvrir » les valeurs de la *rule of law* pour en assurer la promotion.

Toutefois, rien n'empêche une vision plus large, incluant également le développement de l'État providence, et des droits créances[2954]. Elle n'est cependant pas la plus répandue, conduisant à réduire la *rule of law* à sa connotation largement libérale. Elle apparaît, à l'instar de l'État de droit, comme une construction non dénuée de toute pensée politique c'est-à-dire d' « une éthique de la bonne conduite administrative indépendante de tout texte », développée par le juge[2955]. Elle est en cela un idéal à atteindre, dont les juges se font les promoteurs. Quelle que soit, *in fine*, la conception retenue, la *rule of law*, tout comme l'État de droit, ne peut pas faire l'économie d'une dimension substantielle, ayant vocation à protéger l'individu. En revanche, suivant la conception que l'on s'en fait, il est évident qu'affectant les droits à promouvoir, l'action publique et le rôle des juges sont fondamentalement différents. À son tour, c'est la jurisprudence, et donc le droit administratif qui en est le produit, qui se voit conférer une fonction différente.

Par le biais de la *judicial review*, la *rule of law* serait donc préservée. C'est pour cela notamment que l'intérêt suffisant pour faire ce recours n'est pas défini en termes de droit violé. C'est très clairement ce qu'affirmé Lord Reed dans l'affaire *Axa General Insurance*, en 2011[2956]. Lady Hale souligne également que « la judicial review est un artefact de la common law ayant pour objet

---

que le législateur n'intervient que par défaut, en second lieu (Voir également : LAWS (J.), « Law and democracy », *PL* 1996, pp. 72-93, notamment pp. 81-90).
De même, la vision de Friedrich Hayek, fondamentalement libérale, tant philosophiquement qu'économiquement, et basée sur le rejet de l'interventionnisme étatique, correspond en ce sens à celle de Laws : HAYEK (F. A.), *La route de la servitude*, 6e éd., PUF, Paris, 2013, 260 pages. L'auteur considère la démocratie comme un moyen, qui doit être utilisée dans un seul but : garantir l'individualisme.
Pour une critique : RAZ (J.), « The Rule of Law and Its Virtue », *op. cit*.
2952. ALLAN (T.R.S.), « The Limits of Parlementary Sovereignty », *op. cit*., p. 627.
2953. *ibid*., p. 625.
Une logique similaire est défendue par Stephen Sedley, pour qui il revient aux cours de définir les droits fondamentaux, en fonction du consensus social du moment : SEDLEY (S.), « Human rights : a twenty-first century agenda », *PL* 1995, pp. 386-400, pp. 390-391. Toutefois, Allan s'appuie plutôt sur une évolution du contexte politique (appartenance à la construction européenne), non social.
2954. Tel est le cas de la définition retenue à la suite de la réunion du Congrès International de Juristes, en 1959, à New Delhi. Il y est affirmé : « Estime que la Primauté du Droit est un principe dynamique, et qu'il appartient avant tout aux juristes d'en assurer la mise en œuvre et le plein épanouissement, non seulement pour sauvegarder et promouvoir les droits civils et politiques de l'individu dans une société libre, mais aussi pour établir les conditions économiques, sociales et culturelles lui permettant de réaliser ses aspirations légitimes et de préserver sa dignité » (*Le principe de légalité dans une société libre*, sous la dir. de N. Marsh, Commission Internationale de Juristes, Genève, 1959, 370 pages, p. 11).
2955. BELL (J.), « Le juge administratif anglais est-il un juge politique ? », *RIDC* 1986, pp. 791-809, p. 793.
2956. *Axa General Insurance Ltd v. The Lord Advocate* [2011] UKSC 46 [169] – [170].

de préserver la rule of law »[2957]. Mais le lien est encore plus fort : la *judicial review* est elle-même une composante de la *rule of law*. En 2014, dans l'affaire *Evans*, Lord Neuberger soulignait : « il est également fondamental pour la rule of law que les décisions et les actions de l'exécutif soient, sauf exceptions clairement établies (comme les déclarations de guerre) ou limites posées par la loi et précisément contrôlées, soumises au contrôle des cours après recours d'un citoyen ayant un intérêt »[2958]. Sur le fondement d'une telle idée, les juges se sont récemment opposés, dans un rapport, à la volonté du gouvernement de réformer la condition d'intérêt à agir, afin de limiter la *judicial review* à la seule protection des droits[2959] ; en formation judiciaire, la Cour Suprême a annulé un acte réglementaire visant à introduire des frais de justice considérés trop élevés pour opérer certains recours, notamment eu égard au fait que l'accès aux cours est une valeur fondamentale de la *rule of law*[2960]. De même, il est reconnu qu'en définissant le champ de la *judicial review*, les juges doivent agir eu égard aux nécessités de la *rule of law*[2961].

La *judicial review* a donc un double lien avec cette dernière : elle en est un élément et un moyen de protection. En faisant de l'accès à la justice l'un des principes de la *rule of law*, Jeffrey Jowell précisait également : « elle est un élément différent par rapport aux notions de sécurité juridique et d'égalité : elle donne vie à la rule of law en permettant son respect dans les faits »[2962]. La double importance du recours juridictionnel ne fait donc aucun doute dans la théorie de la *rule of law*. La *judicial review* en constitue le moyen d'application envers les autorités publiques[2963]. Ainsi,

2957. *R. (on the application of Cart) v. Upper Tribunal* [2011] UKSC 28, [37].

2958. *R. (on the application of Evans) v. Attorney General* [2015] UKSC 21, [52].
Le Lord précise ensuite : « […] il peut être dit avec force que la rule of law nécessite l'existence d'un juge, presque naturellement, pour annuler les décisions de l'exécutif » ([53]).

2959. Souhaitant réformer la *judicial review*, le Gouvernement avait lancé une consultation en Septembre 2013 (*Judicial Review : Proposals for further reform*). Parmi les réponses reçues, une émanait des juges anglais les plus éminents (*Judiciary of England & Wales, Responses of the senior judiciary to the Ministry of Justice's consultation entitled Judicial Review : Proposals for Further Reform*, publiée le 1er novembre 2013). Ceux-ci ont rappelé que « la judicial review constitue un élément de protection essentiel pour la rule of law : elle permet de veiller à ce que les autorités publiques soient responsables et agissent légalement ; elle empêche les abus de pouvoir et protège les droits de ceux touchés par l'exercice d'un pouvoir public ; et elle garantit le respect des devoirs imposés et des pouvoirs octroyés par le Parlement » ([3]). Abordant plus précisément la question sur la réforme de l'intérêt à agir, les juges relèvent : « le test de l'intérêt à agir dans le cadre de la judicial review doit être de nature à permettre de protéger la rule of law. L'exercice illégal d'un pouvoir exécutif ne doit pas pouvoir continuer du fait de l'absence d'un requérant ayant un intérêt suffisant. Le test de l'intérêt à agir tel qu'il existe permet cela et nous ne considérons pas qu'il pose un problème » ([15]). La réponse se structure en cinq paragraphes, de quelques lignes, dont trois comportent mention de l'expression « rule of law ». Le *Criminal Justice and Courts Act* de 2015, adopté tant bien que mal par la suite, ne porte aucune mention de l'intérêt à agir.
Voir : MILLS (A.), « Reforms to judicial review in the Criminal Justice and Courts Act 2015 : promoting efficiency or weaking the rule of law ? », *PL* 2015, pp. 583-595, notamment pp. 584-586.

2960. *R. (on the application of UNISON) v. Lord Chancellor* [2017] UKSC 51, [68] (jugement unanime rendu par Lord Reed). Le *Employment Tribunals and Employent Appeal Tribunals Fees Order* de 2013 avait introduit des frais de justice particulièrement élevés pour les individus opérant un recours devant ces *tribunals*, concernant les litiges en matière de droit du travail.

2961. *R. (on the application of Cart) v. Upper Tribunal* [2009] EWHC 3052, [98] (Laws LJ.).

2962. JOWELL (J.), « The Rule of Law », voir p. 23 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.

2963. *ibid.*, p. 29.

elle est alors dotée d'une importance constitutionnelle qui rehausse le rôle des juges.

3. L'importance constitutionnelle du juge au sein de la *rule of law*

En légitimant le rôle des juges, la *rule of law* leur permet d'évaluer l'importance de la souveraineté du Parlement. Ce point nous paraît fondamental. En faisant appel à elle, les juges s'élèvent au niveau du Parlement. Un ancien juge, Stephen Sedley, a même pu dire, dans un écrit de doctrine, que « la rule of law reconnaît deux souverainetés, non pas une ni trois » : plus clairement, les cours et le Parlement se partagent la souveraineté[2964]. L'auteur s'appuie sur les propos de Lord Bridge, ce dernier ayant affirmé : « le maintien de la rule of law est dans tous ses aspects aussi fondamental dans une société libre que le vote démocratique. Dans note société la rule of law repose sur deux fondements : la souveraineté de la Reine en son Parlement dans la conception du droit et la souveraineté des cours de la Reine dans l'interprétation et l'application du droit »[2965]. Ce qu'il faut comprendre ici ce n'est pas tant que les deux organes peuvent imposer les mêmes obligations ou encore que les juges peuvent remettre en cause une loi. Ces deux citations traduisent la reconnaissance du rôle fondamental des juges au sein du droit. Leur place est aussi importante que celle du Parlement. Stephen Sedley a clarifié cette idée, affirmant que la souveraineté était dorénavant « bipolaire » : elle est partagée entre les cours et le Parlement, ces deux institutions veillant à ce que l'exécutif rende compte de ses actions, juridiquement devant les premières et politiquement devant le second[2966]. La même position est défendue par Trevor Allan : puisqu'il revient aux juges d'interpréter les lois conformément aux principes constituant la *rule of law*, alors « il faut reconnaître les souverainetés égales et interdépendantes des cours et du Parlement »[2967].

Cette élévation, permise par le recours à la *rule of law*, conduit le juge à pouvoir regarder en face le Parlement, et non à s'y sentir inférieur. Il y a là une rupture avec la tradition diceyenne, considérant que la *rule of law* devait céder le pas à la volonté du Parlement. Plus concrètement, cela se traduit par le développement d'*obiter* s'intéressant à la possible remise en cause d'une loi violant

---

Pour Lord Bingham, affirmant que l'affaire pose uniquement une question de légalité, non d'opportunité, « une telle approche n'implique aucune violation de la rule of law, à laquelle les principes de judicial review donne effets » (*R. (on the application of Corner House Research) v. Director of the Serious Fraud Office* [2008] UKHL 60, [41]).
De même, Lord Hoffmann a pu affirmer : « les principes de la judicial review donne effet à la rule of law » (*R. (on the application of Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, [73]).

2964. SEDLEY (S.), « The sound of silence : constitutional law without a constitution », *LQR* 1994, pp. 270-291, p. 291.

2965. *X. v. Morgan-Grampian Ltd* [1991] 1 AC 1, p. 48.

2966. SEDLEY (S.), « Human Rights : a twenty-first century agenda », *op. cit.*, p. 389.

2967. ALLAN (T.R.S.), « Legislative Supremacy and Legislative Intent. A Reply to Professor Craig », *OJLS* 2004, pp. 563-583, p. 567.

frontalement la *rule of law*. L'affaire *Jackson*, déjà mentionnée, en constitue un exemple topique[2968]. Lord Hope, revenant sur les différentes évolutions que le droit anglais a connues, notamment par le développement du droit de l'Union et de l'impact de la Convention européenne, clôt son développement en soulignant : « la rule of law appliquée par les cours est l'élément de contrôle ultime sur lequel est basée notre constitution. Le fait que nous ayons accepté d'entendre l'appel et de rendre un jugement est une indication de plus que les cours ont un rôle à jouer dans la définition des limites à la souveraineté législative du Parlement »[2969]. Dans la même affaire, Baronness Hale a tenu un propos similaire : « les cours vont, bien sûr, refuser d'affirmer que le Parlement a violé les droits fondamentaux à moins qu'il ait exprimé ses intentions de façon très claire. Les cours vont regarder avec beaucoup de suspicion (et pourraient même rejeter) toute tentative de porter atteinte à la rule of law consistant à empêcher que l'action du gouvernement limitant les droits fondamentaux soit soumise à tout contrôle juridictionnel »[2970]. Ce que les juges cherchent ici avant tout à défendre c'est le droit au recours, plus précisément, le droit de faire une *judicial review*, et ce, afin de permettre la protection des droits individuels par les juges : la dimension procédurale de la *rule of law* doit être maintenue au bénéfice de sa dimension substantielle. La *judicial review* apparaît, là encore, comme un élément et comme un vecteur de la *rule of law*. Il n'est donc pas étonnant que les juges invoquent cette dernière dans les affaires les plus difficiles, posant les questions de droit les plus compliquées à résoudre[2971].

4. L'invocation de la *rule of law* dans les cas difficiles : la confrontation avec la souveraineté du Parlement

Prenons à ce titre, un exemple récent et très médiatique. L'affaire *Evans* a mis aux prises des institutions appartenant aux trois pouvoirs et mis en jeu des questions de droits constitutionnel et administratif[2972]. Elle prend sa source dans la demande formulée par un journaliste visant à avoir

2968. *R. (on the application of Jackson and others) v. Attorney General* [2006] 1 AC 262.
Voir : JOWELL (J.), « Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis », *op. cit.* ; « The Rule of Law », *op. cit.*, pp. 33-34 ; CLARKE (A.) et SORABJI (J.), « The Rule of Law and Our Changing Constitution », pp. 39-59 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A Liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit*.
2969. *R. (on the application of Jackson and others) v. Attorney General* [2006] 1 AC 262, [107].
Il avait, juste avant, défendu l'idée que le la souveraineté du Parlement ne signifiait plus aujourd'hui que celui-ci possède un pouvoir absolu et illimité : [104].
2970. *ibid*., [159].
2971. BINGHAM (T.), « The rule of law », *op. cit.*, pp. 67-68.
2972. *R. (on the application of Evans) v. Attorney General* [2015] UKSC 21.
Sur cette affaire : ELLIOTT (M.), « A tangled constitutional web : the black-spider memos and the british constitution's relation architecture », *PL* 2015, pp. 539-550 ; ALLAN (T.R.S), « Law, democracy, and constitutionalism : reflections on Evans v. Attorney General », *CLJ* 2016, pp. 38-61.

accès aux notes envoyées régulièrement par le Princes Charles, durant des années, à différents ministres, afin de faire connaître son point de vue sur plusieurs questions politiques. Cette pratique avait pour objectif de préparer le successeur au trône d'Angleterre à la gestion des affaires publiques. Le journaliste demande donc en vertu du *Freedom of Information Act* de 2000 l'accès à ces notes, qualifiées de « black-spider memos » en référence à l'écriture du Prince. Sa requête est refusée par les ministères. L'affaire arrive devant le *Upper Tribunal* qui censure le refus et accorde l'accès au journaliste au motif que l'intérêt public ressortant de la transmission des informations est bien plus important que celui avancé par l'exécutif et visant à protéger le secret des affaires gouvernementales. En réaction, le Gouvernement utilise la section 53 du *Freedom of Information Act.* Cette disposition lui permet de refuser la transmission, et l'exécution de la décision du *Upper Tribunal*, au motif qu'il a des « motifs raisonnables » de considérer que la publication des notes serait illégale. Le Gouvernement avance la possible remise en cause de la neutralité politique du Prince Charles auprès de l'opinion publique. Cette décision de refus, appuyée sur la section 53 de la loi de 2000, est attaquée par voie de *judicial review.* Elle sera, *in fine*, considérée comme illégale par la Cour Suprême. La question était en somme la suivante : une cour peut-elle déclarer illégale la décision du Gouvernement, s'appuyant sur une loi du Parlement, de remettre en cause un jugement pour des motifs d'intérêt public ? La réponse définitive est affirmative, les raisonnements structurant la décision de la Cour Suprême étant de trois ordres[2973].

Lord Neuberger met en évidence que la *rule of law* est sous-tendue par deux principes d'importance égale : un jugement est une décision obligatoire et exécutoire entre les parties, de plein droit ; les décisions de l'exécutif doivent être soumises à un contrôle des juges par voie de *judicial review*[2974]. Partant de ce double postulat, le Lord adopte une vision très restrictive des pouvoirs conférés par la loi au Gouvernement : en somme, le Parlement doit être très clair s'il veut autoriser ce dernier à remettre en cause la décision d'une autorité judiciaire. L'expression « motifs raisonnables » ne peut pas suffire à justifier qu'un simple désaccord de point de vue entre le *Upper Tribunal* et le Gouvernement conduise à autoriser le second à porter atteinte à la décision du premier. Les motifs invoqués en l'espèce ne sont pas suffisants pour rendre légale l'utilisation des pouvoirs découlant de la section 53[2975].

2973. ELLIOTT (M.), *ibid.* ; ALLAN (T.R.S), *ibid.*
2974. *R. (on the application of Evans) v. Attorney General* [2015] UKSC 21, [52].
2975. De façon quelque peu critique, Mark Elliott parle « d'une chirurgie radicale par voie d'interprétation » ; selon lui la souveraineté du Parlement n'est pas « infiniment élastique », et ne peut donc supporter « une violation juridictionnelle des dispositions de la loi » : ELLIOTT (M.), *ibid*., p. 546 et p. 550.
À L'inverse, Trévor Allan se félicite de l'approche de Lord Neurberger : « si nous considérons que l'interprétation du texte doit respecter les principes constitutionnels – reflétant le poids ou l'importance des considérations de rule of law – la solution retenue n'est ni un acte de strangulation ni de contrainte : il s'agit de ce que la loi, correctement interprétée, signifie ou nécessite » : ALLAN (T.R.S), *ibid*., p. 48.

Lord Mance adopte une vision quelque peu différente. Il reconnaît au Gouvernement un pouvoir plus étendu que ce qui résulte du jugement de Lord Neuberger. Lord Mance considère que l'intention du Parlement va en ce sens[2976]. En somme, la loi semble « plus claire » pour lui que pour Lord Neuberger et peut être considérée comme conférant au Gouvernement un pouvoir ayant pour conséquence de rendre sans effet une décision des juges si elle repose sur des « motifs raisonnables ». Toutefois, Lord Mance plaide en faveur d'un contrôle d'une intensité assez forte sur la notion de « motifs raisonnables ». Il relève, en accord avec Lord Neuberger sur ce point, qu'il y a une « incongruité pour un ministre ou un agent de la Couronne […] à remettre en cause une décision judiciaire »[2977]. Sans en faire mention expressément, Lord Mance reprend ici les considérations découlant de la *rule of law* et de la séparation des pouvoirs[2978].

En revanche, pour les Lords Hughes et Wilson, la loi de 2000 était suffisamment claire pour recevoir plein effet. La position du premier ressort pleinement dès le début de son opinion : « la rule of law est d'une importance primordiale. Mais fait partie intégrante de la rule of law le principe selon lequel les cours doivent donner effet à l'intention parlementaire. La rule of law ne conduit pas à ce que les décisions des cours doivent toujours prévaloir, quelle que soit la substance de la loi. […] le Parlement ne peut pas autoriser un membre de l'exécutif à remettre en cause une décision d'une cause sauf si son intention est explicite. […] De mon point de vue, cependant, le Parlement a pleinement démontrer une telle intention ici »[2979]. Lord Wilson s'appuie également sur la souveraineté du Parlement. La loi est suffisamment claire et la décision de la Cour d'Appel en faveur du requérant (soutenue notamment par Lord Neuberger) a « ré-écrit la loi ».[2980] En l'espèce la décision de ne pas communiquer les notes est, pour ces deux Lords, légale : le pouvoir est constitutionnellement justifié par la souveraineté du Parlement.

Trois éléments ressortent avec particulièrement de force dans cette affaire et les différents jugements rendus. En premier lieu, la souveraineté du Parlement n'est pas l'unique principe constitutionnel structurant le droit public anglais. Elle doit donc être placée dans un contexte constitutionnel plus large, notamment représentée par la *rule of law* et la séparation des pouvoirs. En second lieu, cela influe nécessairement sur les pouvoirs de l'administration, et cela de deux manières, comme le montre la comparaison des jugements de Lord Neuberger et Lord Mance : lors de l'interprétation même de l'intention du Parlement, et lors de la mise en œuvre des pouvoirs qu'il a

2976. *R. (on the application of Evans) v. Attorney General* [2015] UKSC 21, [124].
2977. *ibid*., [123].
2978. ELLIOTT (M.), *ibid*., p. 543.
2979. *R. (on the application of Evans) v. Attorney General* [2015] UKSC 21, [154].
2980. *ibid*., [168].

octroyés[2981]. Enfin, bien que tous les juges reconnaissent tant la souveraineté du Parlement que l'existence d'un contexte constitutionnel plus large dans lequel l'inscrire, les points de vue divergent sur l'importance à accorder à chaque de ces principes. Cette divergence explique les positions différentes retenues par chaque juge. Cela traduit également le caractère subjectif de la *rule of law* et de son importance, variant selon le point de vue de l'observateur. Les trois types de jugement de l'affaire *Evans* illustrent parfaitement ce point. Encore plus révélateur nous paraît être l'opinion de Lord Hughes. Le passage cité démontre qu'il inclut dans la *rule of law* le principe de la souveraineté parlementaire. Or, en principes les deux sont distincts[2982]. Cela ne les empêche bien évidemment pas d'être liés puisque la *rule of law* repose sur le respect du droit par l'exécutif, et donc de la loi. Mais cela signifie alors que le respect de la loi, corollaire de la souveraineté du Parlement, s'incorpore dans un contexte dans lequel d'autres valeurs doivent aussi avoir leur place. C'est la loi, interprétée comme se conformant à ces valeurs, que les juges doivent faire respecter. En adoptant un point de vue différent, Lord Hughes justifie plus facilement sa solution. La souveraineté du Parlement ne se tient pas à côté de la *rule of law* ; elle en fait partie, et en est le principe fondamental relayant les autres au rang de principes secondaires. Cela explique l'importance qui lui est octroyée[2983].

Il n'en reste pas moins qu'en s'appuyant sur les principes, les juges peuvent adopter une interprétation très constructive de la loi, légitimée notamment par le recours à la *rule of law*. L'appel à la souveraineté du Parlement permet aux juges de faire état des contraintes pesant sur eux, mais également de légitimer la décision retenue. La loi n'est pas remise en cause, mais respectée et exécutée conformément aux principes constitutionnels reconnus. Dawn Oliver nous paraît très bien résumer la situation en faisant de la suprématie du Parlement un principe de « prophylaxie

2981. *In fine*, comme le rappelle Lord Reed dans l'affaire *Axa*, « la fonction constitutionnelle des cours dans le domaine du droit public est de veiller, autant que possible, à ce que les autorités publiques respectent la rule of law » (*Axa General Insurance v. The Lord Advocate* [2011] UKSC 46, [142]).

2982. Dicey fait de la souveraineté du Parlement et de la *rule of law* deux principes distincts. De même, les auteurs définissant la *rule of law* n'y incluent pas la souveraineté du Parlement.

2983. Récemment, une question similaire a été tranchée par la Haute Cour dans l'affaire *R. (on the application of Privacy International) v. Investigatory Powers Tribunal* ([2017] EWHC 114). Le *Regulation of Investigory Powers Act* de 2000 contenait une disposition précisant que les décisions du tribunal compétent pour connaître des plaintes contre l'utilisation des pouvoirs d'interception par le Gouvernement « ne seront pas soumises à appel ni ne seront attaquables par aucune cour » (Section 67(8)). Les juges devaient déterminer si une telle formulation excluait la *judicial review*. De façon assez surprenante, au regard des jurisprudences antérieures sur ces questions, notamment *Anisminic* et *Jackson*, l'exclusion a été admise. Le juge Brian Leveson rappelle qu'il est possible pour le Parlement d'exclure la *judicial review* en utilisant des termes clairs. Selon lui, tel est le cas ici (*ibid*., [36] – [45]). Bien que rendant sur le fond une décision similaire, le juge Leggatt va adopter un raisonnement différent. Son opinion s'appuie plus sur la *rule of law*, et la nécessité de la maintenir par la voie de la *judicial review*, il considère qu'il est presque impossible en pratique pour le Parlement d'opérer une telle exclusion (*ibid.*, [48] – [59]). Or, selon lui, la disposition en cause n'est pas suffisamment claire. Il admet toutefois la force des propos de Leveson (*ibid.*, [62]). Malgré cela, l'antagonisme du raisonnement entre les juges apparaît nettement. Il repose sur deux éléments différemment appréciés par chacun d'eux : la force attribuée à la *rule of law* et la clarté du texte législatif, corollaire de la souveraineté du Parlement. Cette opposition met une fois de plus en lumière l'importance relative de chaque principe constitutionnel, et l'influence que cela a sur la solution retenue pour un cas d'espèce par chaque juge. La volonté de concilier plutôt que de hiérarchiser les principes constitutionnels identifiés apparaît à la lumière de ce travail.

pragmatique »[2984]. L'idée était exprimée en 1995 par Lord Woolf, voyant dans les juges et le Parlement « des partenaires engagés dans une entreprise commune visant à assurer le respect de la rule of law »[2985]. Dès lors, leurs décisions ne s'opposent pas à la volonté du Parlement ; elles justifient à la fois la reconnaissance de contraintes supplémentaires sur l'exécutif, et un contrôle accru par voie de *judicial review*. C'est en cela que le respect de la *rule of law* par les autorités publiques doit être un objectif à remplir pour les cours « autant que possible », pour reprendre les propos de Lord Reed.

Entendue ainsi, la *rule of law* peut dès lors se définir comme la soumission du Gouvernement au droit[2986], mais aussi comme un idéal à atteindre et justifiant une utilisation constructive de l'interprétation. En cela, elle peut alors être rapprochée, dans une certaine mesure, de la notion d'État de droit[2987]. Ces deux expressions permettent de donner un fondement plus légitime au contrôle des juges, en l'inscrivant dans un contexte constitutionnel fermement admis, et permettant la promotion de valeurs libérales. La *judicial review* et le recours pour excès de pouvoir en sont tant des éléments constitutifs que des vecteurs, renforçant la dimension à la fois formelle et substantielle de la *rule of law* et de l'État de droit[2988]. Ils permettent d'imposer des obligations à l'action administrative qui se trouvent en dehors des textes, mais résultent d'une certaine conception de la société et de ses valeurs. Les juges peuvent alors se présenter comme les défenseurs d'un ordre supérieur à eux, mais aussi à l'administration, et que celle-ci doit respecter[2989].

2984. OLIVER (D.), « Vers une constitution britannique fondée sur des principes normatifs », *RIDC* 2008, pp. 807-818, notamment pp. 813-816 ; « The United Kingdom Constitution in Transition : from where to where ? », pp. 147-162 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A Liber Amocorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit.*

2985. Lord Woolf, « Droit public – English style », *PL* 1995, pp. 57-71, p. 69.
Mark Elliott, en faisant la promotion de la théorie de l'*ultra vires* modifiée, admet qu'en cas d'abrogation de la *judicial review* par les juges, ceux-ci utiliseraient leur pouvoir d'interprétation, car une telle loi serait une « abomination constitutionnelle », violant tant la séparation des pouvoirs que la *rule of law* : ELLIOTT (M.), « The demise of Parliamentary sovereignty ? The implications for justifying judicial review », *LQR* 1999, pp. 119-137, pp. 135-136.

2986. RAZ (J.), « The Rule of Law and Its Virtue », *op. cit.*, p. 196 ; SEDLEY (S.), « The sound of silence : constitutional law without a constitution », *op. cit*., p. 284.

2987. HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.* ; FAIRGRIEVE (D.), « État de Droit and Rule of Law : Comparing Concepts », *op. cit.* in *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit.*

2988. Cette double dimension est celle retenue par la Commission européenne : voir « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit » (COM (2014)158 final) : « Parmi ces principes figurent celui de la **légalité**, qui, pour l'essentiel, suppose l'existence d'une procédure d'adoption des textes de loi transparente, responsable, démocratique et pluraliste; la **sécurité juridique**; l'**interdiction de l'arbitraire du pouvoir exécutif**; **des juridictions indépendantes et impartiales**; un **contrôle juridictionnel effectif, y compris le respect des droits fondamentaux**; et l'**égalité devant la loi** » (p. 4. Les termes sont soulignés ainsi dans le rapport).

2989. Lord Woolf affirme ainsi : « Notre démocratie parlementaire est fondée sur la rule of law. Un des deux principes sur laquelle la rule of law repose est la suprématie du Parlement comme législateur. L'autre principe veut que les cours soient les arbitres ultimes quant à l'interprétation et l'application du droit. Parlement et cours prennent leurs pouvoirs dans la rule of law et donc les deux y sont soumis et ne peuvent agir de façon à la remettre en cause. Leur rôle respectif ne donne pas lieu à conflit, car les cours et le Parlement respectent chacun le rôle de l'autre. […] Les cours vont, en cas

II. Le développement d'une nouvelle conception du droit administratif et des recours tournée vers la protection des droits

Le caractère imparfait des concepts d'État de droit et de *rule of law* n'enlève en rien l'importance qu'ils donnent aux juges[2990]. Plus concrètement, le renouvellement théorique qu'impulsent ces deux concepts entraîne une rénovation du droit administratif. Elle apparaît logique et nécessaire pour traduire, dans la réalité, les exigences assignées au droit. En somme, le droit administratif, largement produit par la jurisprudence, se tourne de plus en plus vers l'individu. Il se met à son service, face à l'administration. Ce renouvellement conduit à déplacer la focale : il ne s'agit plus de veiller à la bonne régulation de l'action administrative, en appliquant des règles parfois trop abstraites ; plutôt, le droit administratif est recentré vers l'individu, pour en satisfaire les exigences (A.). Dans la lignée de cette évolution, le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* sont également repensés. Certes, nous le verrons, les thèmes de cette rénovation sont différents. Mais, en pratique, ils traduisent la même idée : faire du contrôle des juges la meilleure défense pour les individus (B.).

A. La promotion de la défense des droits des individus au sein du droit administratif

Le renouvellement des droits administratifs français et anglais s'est centré sur l'amélioration de la place de l'individu, et de sa meilleure prise en considération, par le droit. Le point de départ de chacun d'eux est toutefois différent, conduisant à quelques dissemblances. Toutefois, la logique reste similaire. Le droit administratif français, notamment dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, ne peut plus se concevoir comme un droit objectif de puissance publique. La valorisation de l'individu, traduit dans l'idée de « subjectivisation », produit un rééquilibrage de la relation qu'il entretient avec l'administration (1.). Le droit administratif anglais, quant à lui, ne se conçoit pas en

---

de conflit entre le droit communautaire et une loi, maintenir cette dernière autant que possible » (Lord Woolf, « Droit public – English style », *op. cit.*, p. 68).
John Laws affirme, peu ou prou, le même principe : lorsque l'action publique « viole la règle de l'interférence minimale, les cours doivent le dire. Il y a peu de risques que cela conduise à un conflit avec le Parlement ; les juges ont élaboré des règles d'interprétation largement admises par le biais desquelles de tels problèmes peuvent être résolus » ; ainsi « les fonctions des cours et du gouvernement sont complémentaires, et toute tension doit être constructive et non destructive. Leur but est de placer l'individu sur son trône, un trône qui n'est pas plus haut que celui de son voisin » (LAWS (J.), « The constitution : morals and rights », *op. cit*., p. 635).
Voir également : JOWELL (J.), « Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis », *op. cit*., p. 575 et p. 579 ; ALLAN (T.R.S), « Legislative Supremacy and Legislative Intent. A Reply to Professor Craig », *op. cit.*, p. 568).
2990. TROPER (M.), « Le concept d'État de droit », *op. cit.*, p. 63.

termes de « droit objectif » ou, à proprement parler, de « droit de puissance publique ». Mais, longtemps considéré comme pouvant venir au soutien de l'action administrative, il est désormais irrigué par un meilleur ancrage des droits, et se conçoit comme « basé sur les droits », sous l'impulsion surtout du *Human Rights Act* (2.).

1. La subjectivisation du droit administratif français

Les valeurs de l'État de droit irriguent désormais l'ensemble du système juridique. Le droit administratif n'y échappe pas. Pour autant, cela ne signifie pas que la conception de ce dernier, centré notamment dans le cadre du recours pour excès de pouvoir sur le respect du droit objectif soit en décalage avec les préceptes de l'État de droit. Bien au contraire, le droit administratif est apparu comme une première étape nécessaire à sa réalisation[2991].

Mais, l'État de droit ne peut se limiter à cette acception purement formelle, issue du respect de la hiérarchie des normes. Ses valeurs profondément libérales doivent se retranscrire également, substantiellement, dans le droit administratif. La soumission de l'État à un certain droit ne peut se limiter à la seule question du contrôle de la loi. L'exécutif se doit aussi de garantir et de respecter les droits. Cette transformation est celle décrite par l'idée de « subjectivisation » du droit administratif[2992]. Elle se résume en l'amélioration de la protection des droits des individus et une meilleure prise en compte de leurs attentes. Deux éléments, en particulier, traduisent ce phénomène.

En premier lieu, le droit administratif trouve dans la protection des droits dits subjectifs un nouveau but[2993]. Les droits subjectifs sont la traduction juridique des libertés déclarées dans les textes fondamentaux, et permettent en cela la garantie substantielle de l'État de droit[2994]. Définis comme un « intérêt juridiquement protégé », ils permettent la défense de l'autonomie des

2991. CHEVALLIER (J.), « La dimension symbolique du principe de légalité », *op. cit.* ; « L'État de droit », *op. cit.*, pp. 318-334 ; REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, *op. cit.*, pp. 13-14 ; EMERI (C.), « L'Etat de droit dans les systèmes polyarchiques européens », *op. cit.*, pp. 28-32 ; CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, *op. cit.*, pp. 319-321.
2992. FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe siècle au XXe siècle*, *op. cit*.
Voir également : FRAISSEIX (P.), « La « subjectivisation » du droit administratif », *Les Petites Affiches* 2004, n°207, pp. 12-16 ; HOURQUEBIE (F.), « Les droits publics subjectifs : échec de l'importation d'une théorie allemande en droit administratif français ? », pp. 203-228 in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, sous la dir. de F. Melleray, Bruylant, Bruxelles, 2007.
2993. Voir le colloque tenu par l'AFDA sur le sujet *Les droits publics subjectifs des administrés* (Litec, Paris, 2011, 238 pages).
2994. ROUYERE (A.), « Droits publics subjectifs des administrés et droits fondamentaux », pp. 73-96 in *Les droits subjectifs des administrés*, *op. cit*.

individus[2995]. Ces derniers sont titulaires de droits opposables à l'État, limitant son action. Les droits subjectifs apparaissent comme la matérialisation juridique et concrète de cette sphère que détient l'Homme, naturellement, selon la conception philosophique de 1789[2996]. Cela conduit certains auteurs à défendre une vision « extrême » de ce phénomène. Étienne Picard considère que les droits, et leur respect, fondent l'existence même de l'État : telle est sa façon d'envisager l'État de droit[2997]. Le but de la puissance publique serait alors de les protéger, et de n'agir que dans cette optique ; les droits deviennent alors l'*alpha* et l'*omega* de l'action publique. Dans les termes mêmes de l'auteur, la puissance publique « est le simple instrument des exigences de ses droits, et non de l'État de lui-même, institué pour leur obéir »[2998]. Cette vision radicale illustre parfaitement l'importance croissante prise par les droits dans la substance du droit administratif. Elle se traduit par leur consécration en jurisprudence : tel est le cas de l'interdiction de l'extradition pour motif politique, de la protection du droit au recours, de la reconnaissance du principe de sécurité juridique ou encore du développement des garanties procédurales au profit des administrés. Plus généralement, elle se reflète par l'invocabilité de la Déclaration de 1789, du préambule de la Constitution de 1946, et des principes en découlant, de la Convention européenne ou encore de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[2999]. À titre d'exemple, par l'article 2 de la Déclaration de 1789,

2995. Telle est la définition donnée par Ihering : VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, 2e éd., PUF, Paris, 2014, 169 pages, p. 69.
Voir sur la question complexe de la définition de la notion de « droits subjectifs » : FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe siècle au XXe siècle*, *op. cit*., pp. 279-405. L'auteur donne sa propre définition : « un administré est titulaire d'un droit subjectif quand il remplit les conditions lui permettant d'être considéré comme bénéficiaire du pouvoir d'exiger – reconnu par une norme générale ou individuelle, ce sans être obligé d'utiliser ce pouvoir, dans un but personnel socialement légitime –, un certain comportement de la part des personnes publiques – ce qui constitue l'objet de leur obligation –, afin de se procurer un certain avantage moral ou matériel que l'ordre juridique a, expressément ou implicitement, considéré comme licite » (p. 405).
Ainsi, Jacques Chevallier considère que l'État de droit se caractérise notamment par « la subjectivisation du droit, qui dote chacun d'un statut , lui attribue un pouvoir d'exigibilité et lui confère une capacité d'action » : CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *op. cit.*, p. 366.
Voir également : VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, éditions LGDJ Montchrestien, Paris, 1960, ré-édition Editions Panthéons-Assas, LGDJ, Paris, 2010, 225 pages, pp. 62-65 ; PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.* ; JOUANJOUAN (O.), « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », pp. 25-32 et ROUYERE (A.), « Droits publics subjectifs des administrés et droits fondamentaux », pp. 73-96, notamment pp. 74-76 in *Les droits subjectifs des administrés*, *op. cit*.
Le lecteur peut aussi utilement se référer aux actes du colloque consacré à Roger Bonnard, grand promoteur des droits subjectifs en France (*RFDA* 2015, 175-211). En particulier : GIACUZZO (J.-F.), « L'individualisme dans l'œuvre de Roger Bonnard », pp. 193-201.
2996. CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *op. cit.*, pp. 365-369.
2997. PICARD (E.), « L'impuissance publique en droit », *AJDA* 1999, num. spé., pp. 11-20.
2998. *ibid*., p. 18.
De façon similaire, Jacques Chevallier relève que l'État de droit, en mettant en son cœur l'individu, conduit à « l'*instrumentalisation de l'État*, dont le but est de servir les libertés » : CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *op. cit.*, p. 366 (c'est l'auteur qui souligne).
2999. Voir *supra* : Partie II, Titre I, Chapitre I.
En général sur cette question, voir les longs développements d'Antoine Claeys : CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 647-787.
Sur ce dernier texte : BURGORGUE-LARSEN (L.), « La « force de l'évocation » ou Le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », pp. 77-104 in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs,*

le Conseil d'État veille au respect de la liberté d'aller et venir[3000], et l'a étendu en y incluant la liberté de quitter le territoire national[3001] ; l'article 4 lui permet de reconnaître et protéger la liberté du commerce et de l'industrie au titre des libertés publiques[3002] ; l'article 10 sert de fondement à la protection de la liberté de religion[3003] ; peuvent également être invoqués les articles 5 et 13 de la convention européenne garantissant respectivement la liberté d'aller et venir, ainsi que le droit à un recours effectif[3004] ; l'article 6, quant à lui, rayonne sur tous les pans du contentieux administratif[3005]. Enfin, il ne faut pas mettre de côté l'importance des différents principes de valeur constitutionnelle, ainsi que l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, notamment lorsque celui-ci émet une réserve d'interprétation.

En second lieu, le statut de l'individu se trouve réévalué. Simple administré, terme traduisant l'idée d'une sorte de soumission ou d'infériorité par rapport à l'administration, il devient de plus en plus un citoyen[3006]. Cette nouvelle dénomination traduit l'importance prise par les droits subjectifs. Quand l'individu se retrouve face à une personne publique, il n'est plus en situation d'infériorité par rapport à elle. Bien au contraire, comme « citoyen » il est à la fois titulaire de droits et la source de la légitimité de l'administration. Cette dernière se retrouve rabaissée. Elle n'impose plus sa volonté, elle transige ; l'acte administratif cède le pas au contrat et à la discussion. D'ailleurs, les relations

---

Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, *op. cit.* ; CASSIA (P.) et VON COESTER (S.), « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *JCP G.*, n°10, 5 mars 2012, doctr. 298 ; BLUMANN (C.) et DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4e éd., *op. cit.*, pp. 595-601

D'ailleurs, l'application de la Charte par les juridictions nationales, depuis le Traité de Lisbonne, n'est pas sans soulever certains problèmes : SAFJAN (M.), DÜSTERHAUS (D.) et GIERIN (A.), « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de la *mise en œuvre* à la *mise en balance* », *RTD Eur.* 2016, pp. 219-247.

3000. CE, 8 décembre 2000, *Rahal*, rec. 587 : la liberté d'aller et venir implique le droit de quitter le territoire.

3001. CE, Ass., 8 février 1987, *Peltier*, rec. 128, concl. J. Massot.

3002. CE, Sect., 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye*, rec. 570.

3003. CE, 27 juin 2000, *Mabchour*, rec., t. 737.

3004. CE, 13 juin 2016, *Coulibaly et Mas*, rec. t. 902.

Sur le fondement de l'article 5-4, le Conseil d'État a annulé un décret ne prévoyant pas d'obligation de consulter un avocat lorsque la décision de faire sortir une personne hospitalisée est prise sans pouvoir entendre celle-ci : CE, 26 juillet 2011, *Association Groupe Information Asiles*, n°341555.

3005. SZYMCZAK (D.), « Le droit européen, source de droits publics subjectifs des administrés ? », pp. 51-68, notamment pp. 61-63 in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit*.

3006. RIVERO (J.), « L'administré face au droit administratif », pp. 147-150 in *Questions pour le droit administratif*, *AJDA*, num. spé., 1995 ; FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe siècle au XXe siècle*, op. cit., pp. 21-50 ; EVEILLARD (G.), « La citoyenneté administrative, vecteur de nouveaux droits publics subjectifs des administrés ? », pp. 97-113 et DELAUNAY (B.), « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », pp. 211-229 in *Les droits subjectifs des administrés*, *op. cit.* ; FERRARI (P.), « Les droits des citoyens das leurs relations avec les administrations. Commentaire général de la loi °2000-321 du 12 avril 2000 », *AJDA* 2000, pp. 471-485 ; CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La citoyenneté administrative », pp. 397-432 in *Traité de droit administratif*, t. II, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit.*

Pour Jean-Marie Pontier, le droit administratif « tend à ne plus être seulement un droit de l'administration mais à devenir un droit des citoyens, parce que protecteur de ces derniers » : PONTIER (J.-M.), « Qu'est-ce que le droit administratif ? », *AJDA* 2006, pp. 1937-1940, p. 1939.

Voir également : *Administré, usager, citoyen, public... Les transformations du destinataire de l'action administrative et de son droit*, actes de colloque publiés à la *RFDA* de 2013 (n°3 et 4).

entre les individus et les personnes publiques font l'objet, depuis l'entrée en vigueur le 1er juin 2016 de l'ordonnance du 23 octobre 2015, d'un code particulier ayant vocation à « faciliter et renforcer le dialogue entre l'administration et les citoyens »[3007].

En accord avec les valeurs de l'État de droit, le droit administratif constitue un réservoir de droits subjectifs, permettant leur respect par le biais notamment du juge de l'excès de pouvoir[3008].

La subjectivisation du droit administratif conduit alors à un rééquilibrage des relations entre les individus et l'administration[3009]. Le droit administratif est traditionnellement fondé sur la satisfaction de l'intérêt général, de laquelle découlent des pouvoirs exorbitants, mais aussi des obligations particulières pour l'administration. Sa subjectivisation l'oblige à laisser une place de plus en plus grande aux attentes des individus. Les pouvoirs exorbitants sont progressivement diminués, au profit de la nécessité de garantir et de respecter les droits, au nom de l'individualisme[3010]. D'ailleurs, ce phénomène ne manque pas de provoquer des critiques d'une partie de la doctrine[3011].

Il est toutefois indéniable que le droit administratif ne peut plus seulement rester le droit de la puissance publique. Sans devenir pour autant celui de l'« impuissance publique », il a connu un renouvellement afin d'intégrer les valeurs individualistes dont s'imprègne l'ordre juridique[3012]. Dès

3007. Communiqué de presse du Conseil des ministres du 14 octobre 2015.
Voir le dossier consacré au Code des relations entre le public et l'administration : *RFDA* 2016, n°1.
3008. CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *op. cit.*, p. 367 : « L'État de droit apparaît […] comme celui dans lequel les individus sont titulaires de droits face au pouvoir et disposent des moyens de les faire valoir ».
Pour Daniel Mockle : « Un État de droit libéral ne peut se concevoir sans un État de droit formel : l'attention des juristes doit être dirigée avant tout vers l'existence de moyens tangibles, ce qui explique rétrospectivement la fortune singulière du recours pour excès de pouvoir en droit administratif français » (MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la rule of law », *op. cit.*, p. 857).
Pour Gweltaz Éveillard : « l'apport le plus visible de la citoyenneté administrative concerne la consécration de certaines règles, attributives de droits subjectifs et dont la protection est assurée par le contentieux de la légalité : la garantie de ces droits subjectifs est donc assurée par un recours objectif » : EVEILLARD (G.), *ibid.*, p. 102.
3009. CHAPUS (R.), « L'administration et son juge. Ce qui change », *EDCE* 1991, pp. 259-276.
3010. DEBOUY (C.), « Le droit administratif français : tendances récentes », *Les Petites Affiches* 1997, n°146, pp. 4-12, notamment p. 12.
3011. Voir notamment : *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000,* L'Harmattan 2002, 289 pages. En particulier, nous renvoyons le lecteur aux contributions suivantes : BOUVERESSE (J.), « Droits fondamentaux, État de droit : l'héritage dilapidé de 1789 », pp. 7-23 ; TROIANIELLO (A.), « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? (Réflexions intempestives sur la fragilisation de la Constitution républicaine) », pp. 25-53 ; LEBRETON (G.), « L'idéal républicain contre l'État de droit ? Le droit administratif français face aux droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000 », pp. 115-140.
Voir également, l'étude de Andreas Auer, portant sur le droit suisse, mais dont la conclusion est largement transposable ici. L'auteur traduit ainsi la sacralisation du libéralisme et de l'individualisme : « c'est un peu comme si chacun se promenait dans la vie, entouré et protégé par une bulle qui écarte le pouvoir en même temps que les autres : la liberté serait cet espace personnel entre l'individu et sa bulle protectrice. L'autre, le concitoyen, le voisin, le tiers et l'État apparaissent donc d'emblée comme des perturbateurs potentiels, comme les ennemis de la liberté ». Or cette vision apparaît critiquable à l'auteur car « l'autre […] n'est pas un ennemi, mais une condition, un instrument, un catalyseur de ma liberté laquelle augmente au fur et à mesure que je parviens à intensifier et à diversifier mes rapports avec lui » ; en somme la liberté « n'est individuelle que parce qu'elle est sociale » (AUER (A.), « Les droits fondamentaux et leur protection », *Pouvoirs* n°43, 1987, pp. 87-97, notamment pp. 96-97).
3012. Voir le numéro spécial consacré en 1999 par l'*AJDA* au thème « Puissance publique ou impuissance publique ? ».

lors, son exorbitance est en cause. Mettant en évidence la « banalisation » du droit applicable aux personnes publiques, Jean-Bernard Auby soulignait trois facteurs d'explication : les critiques de l'État providence, « un rééquilibrage des rapports entre l'administration et les administrés, [des] progrès de la démocratie administrative, voire du « consumérisme » administratif » et enfin l'importance prise par la Constitution et le droit communautaire au sein du droit administratif[3013]. L'impact de l'État de droit, dans sa conception libérale, apparaît nettement ici entre la remise en cause d'un État interventionniste, conduisant à désacraliser l'action publique et, ainsi à la dévaluer, la soumission à un droit supérieur accentuant ce phénomène[3014].

La subjectivisation du droit administratif est cependant porteuse d'ambiguïté. Elle ne se fait pas uniquement en opposition au pouvoir de l'administration. Elle révèle une volonté de protéger l'individu, ce qui suppose parfois l'intervention de la personne publique ; dans ce schéma, la personne peut réclamer une action de la part de l'administration en invoquant un droit subjectif[3015]. L'individu peut revendiquer la protection de certains droits, impliquant d'interdire l'abstention de l'administration. Sur ce point, on retrouve la problématique des droits-créances et de l'État providence. Plus particulièrement, le juge administratif admet de plus en plus l'invocabilité de tels droits[3016]. Les individus deviennent « des créanciers de la puissance publique », obligeant l'administration débitrice à s'acquitter de sa dette[3017] : la terminologie employée révèle une marchandisation des relations entre individu et administration, rendant compte d'une forme d'inversion du rapport de force. Ici se retrouve exprimée la dichotomie entre État de droit et État providence, ainsi que leurs interconnexions.

La situation des détenus est, sur ce point, particulièrement éclairante. Bien qu'incarcérés, ceux-ci bénéficient tant de droits permettant l'abstention de la puissance publique, que de droits-créances. L'administration pénitentiaire ne peut porter atteinte à l'intégrité de la personne en opérant des fouilles systématiques[3018] ; de même, et sous l'influence de la Convention européenne, elle se

3013. AUBY (J.-B.), « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », pp. 3-16, voir notamment pp. 6-8 (citation p. 7) in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992.
3014. Pour un constat similaire : MADIOT (Y.), « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », pp. 353-365 in *Les orientations sociales du droit contemporain, écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, PUF, Paris, 1992.
3015. FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe siècle au XXe siècle*, *op. cit*., pp. 64-76.
Benoît Plessix fait de cette liaison possible entre droit subjectif et intervention de l'État un des éléments expliquant la réticence de la doctrine libérale du début du XXe siècle à vouloir construire une théorie des droits publics subjectifs : PLESSIX (B.), « Droits publics subjectifs des administrés et doctrine de la IIIe République », pp. 33-50, notamment p. 36 in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit*.
3016. FOULQUIER (N.), *ibid.*, pp. 567-568.
3017. LACHAUME (J.-F.), « Quels droits publics subjectifs pour les usagers des services publics », pp. 115-129, notamment p. 125 in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit*.
3018. CE, ord., 6 juin 2013, *Section française de l'observatoire international des prisons*, rec. t. 767.

doit de garantir positivement cette intégrité en mettant à disposition des détenus des éléments de literie ignifugés, lorsque cela est nécessaire[3019]. Le domaine des décisions pénitentiaires est également révélateur de l'influence de la Convention européenne, puisqu'elle est la source de la plupart des améliorations dans la protection des détenus[3020].

2. La théorie anglaise du droit administratif « basé sur les droits »

Il serait vain de rechercher un quelconque mouvement de « subjectivisation » du droit administratif anglais. Comme nous l'avons déjà vu, la notion de « droit objectif » n'y a pas de place, et paraît difficile à transposer[3021]. En revanche, il est tout à fait possible de relever qu'une tendance s'affirme nettement en faveur d'une volonté de promouvoir la protection des droits : il s'agit de la conception du droit administratif « basé sur les droits ». L'expression anglaise est révélatrice : Paul Craig parle de « rights-based approach »[3022]. Or, le terme de « rights » renvoie à celui de « droit subjectif » en France[3023]. D'ailleurs, cette « approche » a fait des émules de ce côté de la Manche. Jean-Bernard Auby la mentionne explicitement dans un de ses articles, et appel à s'en inspirer afin de continuer le mouvement de subjectivisation du droit administratif[3024].

Les réflexions autour de cette approche du droit administratif anglais tournent surtout autour

3019. CE, 17 décembre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, rec. 456. La décision est rendue sur le fondement de l'article 2 de la Convention européenne.
3020. FORT (F.-X.), « La protection de la dignité de la personne détenue », *AJDA* 2010, pp. 2249-2257 ; JENNEQUIN (A.), « La dignité de la personne détenue », *RFDA* 2015, pp. 1082-1087.
D'une façon plus générale, nous avons vu que le juge administratif pouvait faire peser des obligations particulières sur l'administration, comme celles découlant de l'organisation d'une procédure contradictoire dans le cadre de l'adoption des actes administratifs. De même, la charte de l'environnement peut être source d'obligation de faire pour l'administration : cette dernière doit respecter l'article 1er de la charte, et prendre les mesures nécessaires dans l'application d'une loi ayant pour objectif de protéger la population contre les risques que l'environnement peut faire courir aux individus. Tel est le cas des mesures prises pour protéger les individus contre les poussières d'amiante dans les immeubles bâtis : CE, 26 février 2014, *Association Ban Asbestos France*, rec. t. 752 ; *AJDA* 2014, p. 476, M.-C. de Montecler.
3021. Voir *supra* : Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II, II.
3022. POOLE (T.), « Legitimacy, Rights and Judicial review », *OJLS* 2005, pp. 697-725 ; « Between the Devil and the Deep Blue Sea : Administrative law in an Age of Rights », pp. 15-43 in *Administrative Law in a Changing State. Essays in Honour of Mark Aronson*, sous la dir. de L. Pearson, C. Harlow et M. Taggart, Hart Publishing, Oxford, 2008 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 16-17.
Voir également : ALLAN (T.R.S.), « Pragmatism and theory in public law », *LQR* 1988, pp. 422-447 ; BELL (J.), « Le fondement du contrôle juridictionnel de l'Administration », pp. 59-86, notamment pp. 77-85 in *Common Law, d'un siècle à l'autre*, sous la dir. de P. Legrand, Cowansville, Québec, 1992 ; JOWELL (J.), « Administrative Law », pp. 373-400 in *The British Constitution in the Twentieth Century*, sous la dir. de V. Bogdanor, OUP, Oxford, 2003 ; VARUHAS (J.NE.), « The reformation of English administrative law ? « Rights », rethoric and reality », *CLJ* 2013, pp. 369-413.
3023. VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, 2e éd., *op. cit.*, p. 69 ; POOLE (T.), « Legitimacy, Rights and Judicial review », *op. cit.*, p. 699.
3024. AUBY (J.-B.), « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *op. cit.*, pp. 925-926.

des principes promus par la *judicial review*, et sur le rôle du juge. Le renouvellement de la fonction du droit administratif est donc avant tout contentieuse[3025], là où la subjectivisation en France du droit administratif est plus globale. Elle a conduit à repenser l'approche de la *judicial review*, en la fondant sur la *common law*. Avant de s'intéresser à ce point, il faut relever que ce besoin de se réapproprier le contrôle des juges part d'un constat : le droit administratif anglais ne protège pas assez les droits des individus. Notamment, la théorie de l'*ultra vires* est considérée comme défaillante, car elle fait trop dépendre la protection des droits de la bonne volonté du Parlement. Or, si ce dernier ne se résout pas à entreprendre une telle démarche, les cours se retrouvent trop souvent impuissantes. Ici c'est la vision « feu vert » du droit administratif qui est mise sous tension[3026]. Conçu comme vecteur de l'action publique, celui-ci permet de satisfaire les buts promus par le législateur, en brisant les résistances. Le respect des valeurs inhérentes à la *rule of law* est alors assuré par des moyens politiques de contrôle. Toutefois, le constat de la main-mise de l'exécutif sur la Chambre des Communes, et de l'inefficacité au moins partielle du contrôle politique, met en lumière les failles de ce système[3027]. Le droit administratif est, dans cette vision, uniquement conçu afin de censurer les erreurs de l'administration. En somme son objet est de veiller à ce que les limites posées par le Parlement soient bien respectées par les autorités publiques. La dimension institutionnelle, fondée sur la bonne répartition des pouvoirs, prédomine. Il y a une certaine forme de désincarnation du droit, trop éloigné des préoccupations des individus. C'est en substance la teneur des débats qui ont présidé à l'adoption du *Human Rights Act*[3028].

La nécessité de faire évoluer le droit administratif conduit à mettre le juge au centre de la protection des individus et de leurs droits[3029]. Il est d'ailleurs assez symptomatique que, abordant le sujet de la protection des droits, la doctrine s'intéresse peu aux textes, mais surtout à la jurisprudence[3030]. Les défenseurs d'une telle vision conçoivent le droit administratif en termes de « feu rouge » : il est une limite à l'action publique, représenté par un contrôle juridictionnel central

3025. VARUHAS (J.NE.), *ibid.*, notamment pp. 371-375.
3026. SALES (P.), « Rights and fundamental rights in English law », *CLJ* 2016, pp. 86-108, notamment p. 89.
Voir *supra* sur la conception du droit administratif en termes de feux routiers : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II, II, B.
3027. En effet, les oppositions à la politique de l'exécutif, quelle que soit sa couleur politique, sont avant tout venues de la Chambre des Lords ces dernières années : NORTON (P.), « Parliament : A New Assertiveness ? », pp. 171-193 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.
3028. Voir *supra* : Partie II, Titre I, Chapitre I, Section IV, II, A.
3029. SEDLEY (S.), « Human rights : a twenty-first century agenda », *PL* 1995, pp. 386-400 ; « The Common Law and the Constitution », pp. 15-32 in *The Making and Remaking of the British Constitution*, sous la dir. de Lord Nolan et S. Sedley, Blackstone Press Limited, Londres, 1997 ; POOLE (T.), « Legitimacy, Rights and Judicial review », *op. cit.* ; « Between the Devil and the Deep Blue Sea : Administrative law in an Age of Rights », voir pp. 19-20 in *Administrative Law in a Changing State. Essays in Honour of Mark Aronson*, *op. cit*.
3030. Pour un exemple récent : O'CINNEIDE (C.), « Human Rights and the UK Constitution », notamment pp. 69-75 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*. Les seuls textes cités sont la *Magna Carta*, le *Bill of Rights* de 1689 et le *Human Rights Act*, lié à la Convention européenne.

dans la garantie du droit, et des droits. Cette vision reflète, au sein du droit administratif, la double fonction tenue par la *judicial review* dans le cadre de la *rule of law* : composante, elle a également la charge de traduire concrètement ses valeurs. Le droit administratif est appelé à s'enrichir de nouveaux droits, sans attendre que le Parlement y pourvoie. En ce sens, une décision pourra bien être conforme à la légalité, entendue au sens strict, mais considérée comme illégale, car violant les droits des individus. La démocratie, dans son sens uniquement procédural fondé sur le règne de la majorité, est dépassée. Elle prend une acception plus substantielle grâce aux juges.

Ce phénomène s'est notamment développé dans les années quatre-vingt-dix. Les réflexions, tant des juges que de la doctrine, sur les moyens de mieux garantir les droits, se sont accrues[3031]. La prise de conscience de la nécessité de protéger efficacement l'individu est devenue un nouvel enjeu de recherche. À l'image de ce qui s'est passé en France, son statut a été rehaussé. L'évolution des mentalités politiques, des relations avec l'État et du contrôle des cours ont fait passé l'individu du statut de « quasi-sujet » à celui de « quasi-citoyen »[3032]. À ce titre, il faut noter le formidable développement des réflexions, et des productions scientifiques sur le sujet, parmi lesquelles l'ouvrage de Murray Hunt fait figure de précurseur[3033].

La doctrine et les juges se sont principalement tournés vers la *common law* et le *Human Rights* Act[3034]. Ces deux ensembles normatifs sont l'inverse d'un droit désincarné. Tout au contraire, ils mettent l'individu en leur centre. La *common law*, en tant que construction incrémentale et casuistique, est le reflet des attentes individuelles d'une société en mouvement constant ; en se construisant « par le bas », elle s'ancre dans le réel et le concret. Le *Human Rights Act*, quant à lui, est la traduction en droit interne de la Convention européenne, dont l'objet, et la raison d'être, est la protection des individus. Il permet de traduire en droits, inscrits dans un texte, les libertés essentielles. Le développement de la garantie des droits au niveau international devait nécessairement se répercuter en droit anglais. Par voie de conséquence, « les ordres nationaux ne peuvent plus être agnostiques concernant les droits »[3035]. Sous l'effet de ces deux grands ensembles,

3031. SALES (P.), *ibid.* ; VARUHAS (J.NE.), *ibid.*
3032. OLIVER (D.), « The United Kingdom Constitution in Transition : from where to where ? », pp. 147-162, notamment 155-160 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit.*
3033. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, Hart Publishing, Oxford, 1997, 431 pages.
Voir aujourd'hui : FENWICK (H.), *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, 5e éd., Routledge, Londres, 2017, 1143 pages.
3034. Dans une moindre mesure, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne joue un rôle similaire, notamment en permettant l'invalidation d'une loi : FENWICK (H.), *ibid.*, 120-122.
3035. POOLE (T.), « Between the Devil and the Deep Blue Sea : Administrative law in an Age of Rights », voir p. 16 in *Administrative Law in a Changing State. Essays in Honour of Mark Aronson*, sous la dir. de L. Pearson, C. Harlow et M. Taggart.

le droit administratif se serait « réinventé »[3036], voire « réformé »[3037], en dénaturant les principes classiques de la *judicial review*, issus de la théorie de l'*ultra vires*.

Nous avons déjà pu mesurer quelque peu les effets de ce changement : il s'agit du retour au premier plan des règles procédurales de *natural justice*, par l'effet de la décision *Ridge. v. Baldwin*, et de ses suites ; de l'utilisation de la *common law* afin de protéger certains textes portant sur les relations entre les individus et le pouvoir par la notion de « loi constitutionnelle » ; de la détermination de la justiciabilité d'une question au regard de la nécessité de protéger les droits fondamentaux ; ou bien encore dans les effets du *Human Rights Act* sur l'office du juge. Certains, notamment des juges, souhaitent encore aller plus loin en reconnaissant un effet direct aux traités internationaux garantissant des droits pour les individus, au mépris même du principe du dualisme[3038]. Les débats sur la nécessité d'un *Bill of Rights* sont un exemple de cette culture des droits. Les discussions politiques ne visent pas à augmenter leur garantie ; celle-ci est déjà largement assurée. Le rejet de la jurisprudence de la Cour européenne est en est le principal moteur[3039]. *In fine*, ce qui pose problème ce n'est pas qu'elle n'aille pas assez loin, et ne protège pas assez les individus, car comme nous l'avons vu les juges sont enclins à « dépasser » sa jurisprudence, et à en anticiper les évolutions. Ce qui motive la classe politique, de tous horizons, c'est l'impression d'une perte de souveraineté, d'un rabaissement du Parlement mais également d'un développement des entraves à la liberté du Gouvernement. Le but du *Bill of Right*s serait de remplacer le *Human Rights Act*, au motif que les juges anglais seraient plus enclins, sans la pression de Strasbourg, à laisser libre l'exécutif dans sa gestion de questions sensibles, au premier rang desquelles se trouve celle de la reconduite à la frontière de personnes immigrées ou le droit de vote des prisonniers[3040]. On est loin ici d'un projet d'aspiration libérale, et protecteur des individus. Nous

3036. TAGGART (M.), « Reinventing Administrative Law », pp. 311-335 in *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, sous la dir. de Nicholas Bamforth et Peter Leyland, *op. cit.*

3037. POOLE (T.), « The reformation of English Administratif law », *CLJ* 2009, pp. 142-168.

3038. Telle est la position défendue dans les jugements dissidents de Lord Kerr et Lady Hale dans l'affaire *R. (on the application of JS) v. Secretary of State for Work and Pensions* ([2015] UKSC 16). Voir : LAVERACK (P.A.), « International human rights law in judicial review : Moohan v Lord Advocate and R. (on the application of JS) v Secretary of State for Work and Pensiosn as guides to the present and the post-Human Rights legal Landscapes », *EHRLR* 2016, pp. 73-81.

En doctrine, l'idée est défendue par Eirik Bjorge : BJORGE (E.), « Fundamental Rights at English (and European?) common law », *LQR* 2015, pp. 192-196 ; « Common law rights : balancing domestic and international exigencies », *CLJ* 2016, pp. 220-243 ; « Can unincorporated treaty obligations be part of English Law ? », *University of Oslo Faculty of Legal Studies Resarch Paper*, n°2017-18, 32 pages.

3039. GRIEVE (D.), « Can a Bill of Rights do better than the Human Rights Act ? », *PL* 2016, pp. 223-234 ; O'CINNEIDE (C.), « Human Rights and The UK Constitution », voir pp. 96-102 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.

Voir également l'intervention de Philippe Sales, pour la *Elson Ethics Lecture* du 20 octobre 2015, intitulée « Britain, Europe & Human Rights – What Next ? », 32 pages.

3040. GREER (S.) et SLOWE (R.), « The Conservative's proposals for a British Bill of Rights : mired in muddle, misconception and misrepresensation ? », *EHRLR* 2015, pp. 372-383.

En plus de ces deux questions, les tensions se sont cristallisées autour de l'application de la Convention européenne aux opérations militaires extérieures menées par le Royaume-Uni : ROONEY (J.M.), « A legal basis for non-arbitrary

le verrons, il n'est d'ailleurs pas évident qu'une abrogation du *Human Rights Act* influe aussi fortement sur la protection des droits par le juge, la *common law* s'en étant aujourd'hui largement imprégnée.

B. Le nouvel objectif des recours : la protection des droits des individus

Instruments de développement, tout autant que de respect, du droit administratif, le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* ont été affectés dans leur régime par le mouvement d'accroissement des droits individuels. À la subjectivisation du droit administratif français répond la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir (1.), tandis que la base constitutionnelle de la *judicial review* est renouvelée par l'appel à la *common law* (2.).

1. Une conception nouvelle du recours pour excès de pouvoir conduisant à sa « subjectivisation »

Le recours pour excès de pouvoir est présenté en principe comme un outil de bonne administration, permettant le respect de la légalité dite objective[3041]. Cette vision n'est toutefois pas partagée par une partie de la doctrine. En effet, de nombreux auteurs soutiennent que le Conseil d'État a construit ce recours pour protéger les administrés contre la puissance publique[3042]. L'office du juge de l'excès de pouvoir aurait évolué par la suite, notamment sous le IInd Empire. Il serait alors devenu cet outil permettant au chef de l'État de veiller à la bonne administration du pays, sans perdre de vue la protection des administrés[3043]. Cette vision nous paraît critiquable.

D'une part, il est difficile de considérer que, lorsqu'il contrôlait l'administration, le Conseil d'État avait vocation à protéger, avant tout, l'administré. Rappelons-nous que les premiers cas d'ouverture ne concernent que la légalité externe de l'acte. Pour Bruno Kornprobst, souhaitant pourtant démontrer le caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir, affirmer que dans tous

detention : Mohammed v. Secretary of State for Defence », *PL* 2016, pp. 563-572 ; FENWICK (H.), *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, *op. cit.*, pp. 26-27 et pp. 122-132.

3041. Voir respectivement sur ces deux idées : voir introduction, IV, A, 1, a ; Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I, I.

3042. MESTRE (J.-L.), « L'arrêt *Landrin*, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? », *RFDA* 2003, pp. 211-217 ; BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité, op. cit.*, pp. 56-60 ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, notamment pp. 34-44.

3043. BLANCO (F.), *ibid.*, pp. 60-67 ; CLAEYS (A.), *ibid.*, pp. 34-44.

les cas le juge annule un acte administratif, car il viole un droit subjectif est une position « insoutenable »[3044]. Cela est particulièrement vrai quand le juge contrôle la forme et la procédure de l'acte. Dans ce cas, « aucun droit n'est directement en cause »[3045].

D'autre part, affirmer que le XIXe siècle était enclin à faire de l'individu un homme pouvant se dresser seul contre une administration agissant en qualité de puissance publique, paraît quelque peu utopique. Il était avant tout un assujetti, un administré[3046]. La méprise vient de ce que les auteurs, soutenant le caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir dès ses débuts, confondent deux éléments : les raisons motivant l'administré à user de son recours et le contrôle que le juge opère. Il paraît évident que le recours pour excès de pouvoir a rarement été actionné par un individu seulement dans un but de préservation de la légalité et de la bonne administration. Son but est toujours de faire valoir sa position, de recevoir une certaine protection[3047]. En revanche, le contrôle opéré par le juge n'est pas de cet ordre. À ses débuts, le juge de l'excès de pouvoir ne cherche pas à protéger l'administré. Il veille à ce que l'administration ne viole pas sa compétence, et n'abuse pas de ses pouvoirs. L'office du juge est plus tourné vers la sanction de l'administration que vers la satisfaction de l'auteur du recours. Les deux peuvent être, et sont souvent liés. L'annulation de l'acte permet de remplir ces deux missions. Mais, la logique est très différente. Il est possible de considérer, avec Marie-Jöelle Redor que « si la protection des administrés est une conséquence importante de l'action juridictionnelle, elle n'en constitue pas moins un résultat accessoire par rapport à celui de la perfection du droit », c'est-à-dire du respect « de la hiérarchie administrative et de la légalité »[3048].

Toute autre est l'évolution qui concerne, par la suite, l'office du juge de l'excès de pouvoir. Conséquences de la subjectivisation du droit administratif, il s'est intéressé de façon croissante à la

3044. KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir,* LGDJ, Paris, 1959, 393 pages, p. 303. Voir aussi sa présentation historique du recours pour excès de pouvoir qui ne fait pas appel à l'idée de protection des droits des individus (pp. 73-78).
3045. *ibid*., p. 309.
3046. FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, pp. 21-42 ; PONTIER (J.-M.), « Droit administratif, juge administratif : une imposture ? », *RRJ* 2016, pp. 1243-1279, notamment pp. 1249-1252.
3047. BLANCO (F.), *ibid*, p. 56, pp. 65-66 et pp. 86-87.
3048. REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit*, *op. cit.*, p. 270.
Ailleurs, l'auteur affirme dans le même sens : « la légitimité se résume désormais à l'affirmation du principe de légalité, à sa mise en œuvre par des moyens exclusivement juridiques. La protection des administrés contre les abus de pouvoir devient une sorte de résultat accessoire ; ce qui importe avant tout, c'est que le système juridique soit capable d'expulser de son sein tout acte étranger à la légalité. […] Ainsi, le développement du recours pour excès de pouvoir garantit mieux l'excellence du système que ne pourrait le faire le suffrage universel lui-même » (*ibid.*, p. 176).
Pour un constat similaire : WALINE (J.), « L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle », *RDP* 1984, pp. 1327-1349, notamment pp. 1329-1331.

protection des droits des administrés[3049]. Ainsi, depuis les années soixante-dix, « nous sommes passés du défenseur des prérogatives de l'administration, au juge des libertés publiques et au protecteur des droits de l'administré »[3050]. Le recours pour excès de pouvoir se fait le relais de la protection des droits prévus dans les textes. En améliorant l'invocabilité des normes protectrices des droits, il joue le rôle de vecteur[3051]. En cela, il participe à l'édification de l'État de droit.

Mais ce mouvement l'affecte en retour, en tant que garantie juridictionnelle des droits. L'amélioration de la justice est un élément clé de l'État de droit. Différentes réformes vont d'ailleurs en ce sens, la plus emblématique étant celle portée par la loi du 30 juin 2000 et réformant la procédure de référé devant la juridiction administrative[3052]. Le recours pour excès de pouvoir se transforme également en ce sens. Son régime s'en trouve affecté au point que certains y voient une « subjectivisation »[3053]. En effet, différentes évolutions récentes portent un coup à son caractère purement objectif. Comme le constatait Fabrice Melleray : il « n'est plus adapté dans un grand nombre de cas et que d'ores et déjà le juge administratif raisonne dans une tout autre logique et se place alors dans une perspective nettement individualiste »[3054]. Le respect du principe de légalité n'est plus l'unique préoccupation du juge. La protection de l'individu devient le nouveau moteur du contentieux administratif. Trois exemples peuvent être donnés de cette tendance à la subjectivisation : elle se trouve concrétisée dans la recherche de l'intérêt à agir (a.), dans la

3049. De SOTO (J.), « L'individualisme dans la jurisprudence du Conseil d'État », pp. 759-775 in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. II, LGDJ, Paris, 1974 ; RIVERO (J.), « L'administré face au contrôle contentieux de l'administration », *DA*, num. spé. 9, 1999, pp. 218-220 ; AUBY (B.), « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001, pp. 912-926 ; FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, pp. 4-8, pp. 76-93, pp. 495-515 ; GILTARD (D.), « L'avenir du recours pour excès de pouvoir », pp. 205-233 in *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, sous la dir. de B. Lukaszewic et H. Oberdorff, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2004 ; FRAISSEIX (P.), « La « subjectivisation » du droit administratif », *Les Petites Affiches*, 2004, n°207, pp. 12-16 ; DELVOLVE (P.), « Recours pour excès de pouvoir et droits subjectifs », pp. 219-232 in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011 ; SIRINELLI (P.), « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2016, pp. 529-544.

3050. CAILLOSSE (J.), *L'État du droit administratif*, LGDJ, Paris, 2015, 339 pages, p. 232.

3051. Cela vaut tant pour les normes constitutionnelles, internationales qu'européennes : Partie II, Titre I, Chapitre I.
Ainsi, à propos de la jurisprudence *Perreux*, Jean Sirinelli note : « délaissant une approche fondée sur la protection des compétences, tant aux niveaux européen que national, le Conseil d'État adopte une conception renouvelée de son rôle, fondée sur la protection des droits des particuliers. Abandonnant toute autolimitation, le Conseil d'État s'affirme comme véritable protecteur des citoyens européens » (SIRINELLI (J.), « La mise en œuvre du droit de l'Union européenne dans le contentieux administratif », pp. 1007-1032, p. 1012 in *Traité de droit administratif européen*, sous la dir. De J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, 2e éd., Bruylant, Bruxelles 2014).

3052. Voir le dossier consacré à ce sujet par la *RFDA*, en 2000, pp. 941-988 (n°5) ; voir également les actes de colloques publiés, intitulés « 15 ans de nouveaux référés administratifs! », à la *JCP A*, n°51-52, 2016, pp. 13-48.

3053. SEILLER (B.), « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux », pp. 191-209 in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.* ; SIRINELLI (P.), *ibid*.
Le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir a pu être un élément important ayant ralenti la construction d'une théorie des droits publics subjectifs en France : PLESSIX (B.), « Droits publics subjectifs des administrés et doctrine de la IIIe République », pp. 33-50 in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit*.

3054. MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, Paris, 2001, 466 pages, p. 391.

diversification du pouvoir des juges (b.) et dans l'extension du recours, sous l'effet notamment de la Convention européenne (c.). D'un point de vue plus global, la subjectivisation du droit administratif, et de son contentieux, entraîne une valorisation du recours de pleine juridiction, considérée comme plus efficace dans la protection des droits (d.).

a. La subjectivisation de la détermination de l'intérêt à agir

L'intérêt à agir se présente en principe comme un signe du caractère objectif du recours, de par l'interprétation libérale que lui donne la jurisprudence. Cependant, pour une partie de la doctrine, il permet d'établir un lien entre le contrôle de l'acte et la situation que souhaite protéger le défendeur. S'il est autorisé par le juge à exercer un recours, c'est que sa situation personnelle le place dans un rapport particulier vis-à-vis de l'acte[3055]. Cela revient à dire que l'acte doit faire grief au requérant[3056]. Pour que le recours soit objectif, il faudrait alors qu'il n'y ait aucune condition d'intérêt à agir. Chaque individu pourrait avoir le rôle d'un ministère public défendant la légalité bafouée[3057]. La seule présence de cette condition, liant le requérant personnellement au recours, ne peut que conduire à en faire un recours empreint de subjectivité.

Cette conclusion est renforcée par le mouvement jurisprudentiel actuel. Après avoir libéralisé l'intérêt à agir dans la première moitié du XXe siècle, le Conseil d'État opérerait un certain retour en arrière. Cette évolution est, en partie, due au législateur[3058]. L'exemple du contentieux de l'urbanisme est topique. L'article L. 600-1-2 du Code de l'urbanisme a été modifié en 2013[3059]. Dorénavant celui-ci prévoit qu'une personne pourra former un recours pour excès contre une autorisation d'urbanisme seulement si « l'aménagement ou les travaux sont de nature à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien qu'elle détient ou occupe ». Or, le Conseil d'État a donné une interprétation relativement restrictive de cette condition. Dans un arrêt *Brodelle et Gino*, il a décidé que le requérant devait « préciser l'atteinte qu'il invoque pour justifier d'un intérêt lui donnant qualité pour agir, en faisant état de tous éléments

3055. ALIBERT (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, Paris, 1926, 391 pages p. 47 ; MELLERAY (F.), *ibid*., p. 47.
3056. KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir, op. cit*., pp. 126-163.
3057. ALIBERT (R.), *ibid*., p. 96 ; KORNPROBST (B.), *ibid.,* p. 129.
3058. MELLERAY (F.), « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le « moment 1900 » et ses suites », *AJDA* 2014, pp. 1530-1538 ; LANGELIER (E.), « Particularisation, généralisation...et particularisation du contentieux administratif : propos dubitatifs à la lumière de l'intérêt à agir », *JCP-A*, n°47, 23 novembre 2015, pp. 42-48, notamment pp. 44-46 ; SIRINELLI (J.), « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *op. cit.*, p. 533.
3059. LABETOULLE (D.), « Une nouvelle réforme du droit du contentieux de l'urbanisme », *RDI* 2013, pp. 508-516 **;** TREMEAU (J.), « La régulation de l'accès au prétoire : la redéfinition de l'intérêt à agir », *AJDA* 2013, pp. 1901-1903 ; FAVRET (J.-M.), « L'intérêt à agir en droit de l'urbanisme », pp. 81-90 in *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, sous la dir. de O. Renaudie, Berger-Levrault, Boulogne-Billancourt, 2015.

suffisamment précis et étayés de nature à établir que cette atteinte est susceptible d'affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance de son bien »[3060]. La formulation retenue en 2015, et confirmée depuis[3061], diffère très sensiblement de celle utilisée auparavant par les juges. Par exemple, dans son arrêt *Mme Cordière* du 26 novembre 2012, le Conseil d'État exposait, de façon plus sibylline, qu'il pouvait « écarter des allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées »[3062].

Plus concrètement, deux évolutions ressortent des conclusions du rapporteur public sur l'affaire *Brodelle et Gino*[3063]. D'une part, la seule qualité de voisin d'un tel projet ne suffit plus à ouvrir le recours. Le requérant devra apporter des éléments démontrant qu'il est personnellement affecté par le projet, non pas du fait de sa seule conception, mais de par ses conséquences concrètes, une fois réalisé. D'autre part, il est nécessaire que l'incidence sur le requérant soit « directe » et non plus « suffisamment directe ». Ce glissement renforce le lien devant exister entre le projet et le préjudice subi, afin de prouver l'intérêt à agir. Si le requérant ne parvient pas à apporter de tels éléments circonstanciés, le recours pourra être rejeté[3064].

Cette évolution sémantique s'est encore retrouvée dans d'autres situations. Dans les affaires *Société NC Numéricable* et *Société Fairvesta International GmbH*, ouvrant le prétoire du juge administratif aux actes de « droit souple », le recours pour excès de pouvoir est possible seulement lorsque le requérant a un intérêt « direct » à contester la légalité de tels actes[3065]. Lorsque le Conseil d'État ouvre la voie du recours pour excès de pouvoir afin de contester la légalité de l'octroi d'une mesure gracieuse, ce n'est qu'au profit du tiers « justifiant, eu égard à l'atteinte que cette décision porte à sa situation, d'un intérêt donnant qualité à agir », expression interprétée restrictivement en l'espèce[3066]. De même, au terme de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* du 4 avril 2014, le Conseil d'État ferme la porte ouverte cent ans plus tôt aux tiers aux contrats[3067]. Mettant fin à la théorie des actes détachables, il restreint drastiquement la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir en ce

3060. CE, 10 juin 2015, *Brodelle et Gino*, rec. 192 ; *RFDA* 2015, pp. 993-998, concl. Lallet ; *RDI* 2015, pp. 434-435, note P. Soler-Couteaux.
3061. CE, 13 avril 2016, *Bartolomei*, rec. 135 ; *RFDA* 2016, pp. 1212-1218, note Pollet-Panoussis.
3062. CE, 26 novembre 2012, *Cordière*, rec. 394.
3063. *RFDA* 2015, p. 994 ; voir aussi la note de Pierre Soler-Couteaux sous cet arrêt.
3064. CE, 10 février 2016, *M. et Mme Peyret et M. et Mme Vivier*, rec. t. 996.
3065. CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable,* rec. 88 ; *RFDA* 2016, pp. 506-518, concl. Daumas ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, rec. 76 ; *RFDA* 2016, pp. 497-505, concl. von Coester ; *AJDA* 2016, pp. 717-726, chron. L. Duteillet de Lamothe et G. Odinet ; GAJA 21e éd., n°117.
Voir également : MELLERAY (F.), « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFDA* 2016, pp. 679-684, notamment p. 682.
Cette évolution était envisagée par le rapport du Conseil d'État consacré au droit souple (*Droit souple*, Rapport annuel, 2013, La documentation française, 2013, 297 pages, pp. 174-176).
Voir aussi : CE, Sect., 13 juillet 2016, *Société GDF Suez*, rec. 384 ; *DA* 2016, pp. 49-50, comm. P. Idoux.
3066. CE, 21 novembre 2016, *Thalineau*, rec. t. 860 ; *AJDA* 2017, pp. 999-1003, note D. Costa.
3067. CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, rec. 70, concl. Dacosta, GAJA 21e éd., n°114 ; *RFDA* 2014, pp. 425-437, concl. Dacosta ; pp. 438-449, note P. Delvolvé.

domaine. À sa place, un recours de pleine juridiction, outil par excellence de garantie des droits subjectifs, est ouvert au profit de tout tiers « lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine » par la passation du contrat ou par une de ces clauses ; de surcroît, le requérant pourra uniquement invoquer des moyens de légalité en lien avec l'intérêt lésé qu'il entend défendre. Ces éléments sont en contradiction même avec l'idée d'un contentieux objectif. La jurisprudence *Tarn-et-Garonne* traduit une tendance croissante du juge administratif à privilégier le recours de pleine juridiction au détriment du recours pour excès de pouvoir, au nom d'une meilleure protection des droits des individus[3068].

b. La diversification des pouvoirs du juge

En ce qui concerne l'effet de ses décisions, le juge de l'excès de pouvoir ne se limite plus à la seule annulation des actes administratifs[3069]. Le développement des différentes solutions offertes au juge de l'excès de pouvoir peut être présenté comme un signe de subjectivisation du recours[3070]. Avant de voir ces évolutions jurisprudentielles, il faut bien mettre en évidence le rôle qu'a joué ici le législateur. En dotant le juge de l'excès de pouvoir d'un pouvoir injonction par la loi du 8 février 1995, il a favorisé la protection des droits[3071]. L'injonction participe de l'amélioration de la qualité de la justice, en permettant une meilleure exécution des décisions de justice par l'administration ; elle rend plus effectif le droit au recours. Cette qualité est un prérequis à la protection de l'administré, et

3068. ROLIN (F.), « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt département du Tarn et Garonne », *RDP* 2014, pp. 1198-1212.
3069. BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. op. cit.* ; SEILLER (B.), « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004, pp. 963-970 ; « Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux », pp. 191-209 in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.* ; « Sécurité juridique et office du juge administratif », *RDP* 2016, pp. 765-778.
3070. GILTARD (D.), « L'avenir du recours pour excès de pouvoir », voir pp. 224-226 in *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, sous la dir. de B. Lukaszewic et H. Oberdorff, *op. cit.* ; MELLERAY (F.), « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *JCP A,* n°30-34, 25 juillet 2005, pp. 1233-1239, notamment pp. 1236-1238 ; DELVOLVE (P.), « Recours pour excès de pouvoir et droits subjectifs », voir pp. 229-231 in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, *op. cit.* ; SIRINELLI (J.), « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *op. cit*., p. 540-541.
En général, sur l'extension des prérogatives du juge de l'excès de pouvoir : GUYOMAR (M.), « Quel est l'office du juge de l'excès de pouvoir, cent ans après l'arrêt Boussuge ? », pp. 17-20 et De CHAISEMARTIN (A.), « L'effectivité de la décision du juge de l'excès de pouvoir », pp. 21-25, in actes du colloque intitulé *Cent ans après l'arrêt Boussuge*, *JCP A*, n°38-39, 24 septembre 2012.
3071. Voir les actes du colloque sur *Le pouvoir d'injonction du juge administratif. La loi du 8 février 1995, vingt ans après*, actes du colloque organisé par l'Université d'Orléans en 2015 (*RFDA* 2015, n°3 et 4) et également les actes de la journée d'étude portant sur *L'injonction et l'exécution des décisions de justice* (PUAM, 2006)
FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe siècle au XXe siècle*, *op. cit.*, pp. 633-638 ; BROYELLE (C.), « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *DA* 2004, pp. 8-14 ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 1007-1019.

au respect de l'État de droit[3072]. Par la loi de 1995, « le juge s'est approprié un pouvoir de commandement à l'égard de l'administration »[3073]. Grâce à cela, il peut mieux « concrétiser les droits que le justiciable cherche à faire valoir »[3074]. À cette fin, il peut ordonner à l'administration, si nécessaire sous astreinte, de prendre une certaine mesure comme la réintégration d'un agent, ou encore obliger la personne publique à réexaminer la demande d'un administré dans un certain délai[3075]. L'injonction conduit le juge à s'intéresser à l'après, au sort réservé au requérant une fois sa décision rendue. Il dépasse le caractère abstrait de l'annulation et se projette concrètement dans la réalisation des droits qu'il a vocation à garantir. Il devient ainsi juge de la « situation litigieuse » et non plus uniquement de l'acte[3076]. D'autres évolutions, provoquées par le juge lui-même, sont aussi venues enrichir ses pouvoirs.

Afin de poursuivre la meilleure satisfaction des attentes des individus, le juge de l'excès de pouvoir s'est reconnu, par l'arrêt *Association AC !* de 2004, la possibilité de moduler dans le temps les effets de ses annulations. Le but est d'en tempérer le caractère rétroactif[3077]. L'utilisation de cette technique contentieuse est décidée par le juge après l'évaluation des conséquences concrètes d'une annulation rétroactive sur les situations juridiques non définitives. Il peut soit différer l'entrée en vigueur de son annulation, soit conserver les effets passés de la décision illégale, ou encore associer ces deux éléments. En l'espèce, en différant l'entrée en vigueur de l'annulation de différentes dispositions d'une convention d'assurance chômage, le Conseil d'État souhaite éviter les « plus graves incertitudes quant à la situation et aux droits des allocataires et des cotisants » ainsi que pour « la continuité du régime d'assurance chômage ». C'est cette volonté de protection des individus que fonde la jurisprudence *Association AC !*. Elle justifie aussi que le Conseil d'État maintienne les effets antérieurs d'un acte de caractère réglementaire illégal pris par le président du conseil d'administration de Pole emploi[3078]. C'est au regard des conséquences manifestement excessives sur « la légalité des nombreuses décisions individuelles prises, par les instances paritaires régionales,

3072. En 1999, Jean Rivero relevait que l'un des plus grands défauts que peut avoir un système juridictionnel est celui du non-respect des décisions de justice. À ce titre, la loi de 1995 lui apparaît comme une étape fondamentale dans la garantie de l'État de droit : RIVERO (J.), « L'administré face au contrôle contentieux de l'administration », *RA* 1999, num. spé., pp. 218-220.
3073. BROYELLE (C.), « Introduction », *RFDA* 2015, pp. 441-443, p. 442.
3074. Conclusions de Anne Courrèges sur la décision *Ville de Paris* (CE, 30 janvier 2008, rec. 21, p. 25).
3075. Articles L. 911-1, L. 911-1-1 et L. 911-2 du Code de Justice Administrative.
3076. MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français, op. cit.*, voir pp. 100-101.
3077. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, rec. 197 ; GAJA 21e éd., n°105 ; *RFDA* 2004, pp. 454-470 concl. Devys ; voir aussi *RFDA* 2004, pp. 438-453, la note rédigée par Jacques-Henri Stahl et Anne Courrèges, à l'adresse du Président de la Section du contentieux, sur la question de la modulation des effets dans le temps des décisions d'annulation.
Pour les évolutions postérieures, notamment sur l'extension de l'utilisation de cette technique : BEZZINA (A.-C.), « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC! », *RFDA* 2014, pp. 735-752.
3078. CE, 28 mars 2012, *Confédération générale des petites et moyennes entreprises*, rec. t. 536.

sur les recours des bénéficiaires de l'assurance chômage » que les effets de l'annulation sont modulés. Il en va de même, dans un autre arrêt, eu égard aux « graves incertitudes quant à la rémunération des salariés de ces entreprises » que fait peser l'annulation en l'espèce[3079].

Avant l'arrêt *Association AC !*, il avait déjà pu étendre la palette de ses pouvoirs. En 2001, avec l'arrêt *Vassilikiotis*, il donne plus de portée à l'annulation d'un arrêté ministériel en précisant ce que l'administration devra faire pour que celui-ci soit légal : selon la formule consacrée, le juge a annulé un acte « en tant que ne pas »[3080]. En l'espèce, est annulé un arrêté interministériel en ce qu'il ne prévoit pas les conditions dans lesquelles les ressortissants de l'Union européenne, titulaire de diplômes dans leurs pays, peuvent demander l'attribution d'une carte professionnelle afin de faire visiter des monuments historiques en France. Par cette décision, le Conseil d'État protège les droits des ressortissants des États membres de l'Union européenne[3081]. La même année, le juge de l'excès de pouvoir décide de différer dans le temps les effets d'une annulation prononcée à l'encontre d'un refus de l'administration[3082]. En somme, la décision disparaîtra rétroactivement seulement deux mois après le jugement. L'arrêt *Association AC !* s'inscrit dans ce cadre, à la différence qu'au terme de cette jurisprudence c'est la portée même de l'annulation qui est limitée. Ces évolutions sont en grande partie attribuées à l'innovation introduite par la loi du 8 février 1995[3083]. Grâce à cette innovation, le juge ne fait plus qu'agir comme censeur. À l'effet couperet de sa décision d'annulation s'ajoute une dimension plus active. Il permet à la fois un meilleur respect de ses décisions, mais également des droits du requérant, en les définissant positivement.

Dans le contentieux de l'urbanisme, là encore, le législateur a fait évoluer les pouvoirs du juge : il lui permet de faire droit à des demandes reconventionnelles à la condition que le recours ait été fait « dans des conditions qui excèdent la défense légitime des intérêts du requérant et […] causent un préjudice excessif au bénéficiaire du permis »[3084].

3079. CE, 15 mai 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, rec. t. 794.
3080. CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, rec. 303 ; GACA 5e éd., n°67.
3081. LANDAIS (C.) et LENICA (F.), « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *AJDA* 2004, pp. 1183-1192, p. 1184.
3082. CE, 27 juillet 2001, *Titran*, rec. 411.
3083. BLANCO (F.), « Du juge censeur au juge correcteur. La réfection-interprétation dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2014, pp. 1722-1725, notamment p. 1725.
3084. Article L. 600-7 du code de l'urbanisme. Cet article a été introduit dans le code à la suite de la réforme opérée par l'ordonnance du 18 juillet 2013.
Sur toutes les évolutions qui affectent le recours pour excès de pouvoir dans le domaine des autorisations d'urbanisme, voir : CARPENTIER (E.), « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir en matière d'autorisations d'urbanisme ? », *RDP* 2015, pp. 605-620.

c. L'extension des actes attaquables : l'influence de la Convention européenne quant à la réduction des mesures d'ordre intérieur

Le juge a pu étendre son contrôle sur des actes autrefois considérés auparavant comme inattaquables. Cette évolution a été rendue possible au motif que ces décisions affectent les droits des requérants. Il s'agit de l'expansion du recours pour excès de pouvoir dans le domaine des mesures d'ordre intérieur[3085]. Nous avons fait état de l'influence qu'a eue la Convention européenne en ce domaine[3086]. Elle a permis de créer un mouvement favorisant la protection des droits des détenus.

Initiée par les arrêts *Hardouin* et *Marie*, rendus le même jour, l'évolution produite se fonde sur une approche plus concrète des mesures prises dans les prisons[3087]. Auparavant, la maxime *de minimis non curat praetor*, justifiant l'exclusion du recours, était appliquée avec une certaine automaticité lorsqu'étaient en cause des mesures disciplinaires touchant à la vie interne de l'administration. Dorénavant, le juge porte un regard plus précis. Dans l'arrêt *Hardouin*, à propos d'une sanction contre un militaire, le recours est accepté après que le juge a apprécié les effets de la mesure sur la liberté d'aller et venir du requérant, ainsi que ses conséquences sur son avancement ; dans l'arrêt *Marie*, la sanction d'un détenu est attaquable du fait de sa nature et de sa gravité pour le requérant. C'est donc eu égard, de façon générale, aux effets de la mesure sur les droits et libertés que le contrôle est accepté.

Dans ses conclusions, Patrick Frydman relève ainsi que « la plupart de ces sanctions portent en réalité des atteintes manifestes tant aux droits et libertés des intéressés, qu'à leur situation juridique et statutaire »[3088]. Il précise plus loin, concernant la mesure de mise en cellule individuelle, que « l'application d'une telle sanction entraîne une très sensible aggravation des conditions matérielles dans lesquelles s'effectue la détention »[3089]. De ce fait, la décision n'est plus qualifiée de mesure d'ordre intérieur. À défaut d'atteinte suffisante sur les droits et libertés, l'acte recevait une telle qualification et ne pouvait faire l'objet d'un recours. Tel était le cas, par exemple, de la décision

3085. Voir notamment la note de Benjamin Defoort sous l'arrêt du Conseil d'État, Sect., 25 septembre 2015, *Mme B*, rec. 322 ; note à la *RFDA* 2016, pp. 75-81. Voir également : ABRAHAM (R.), « Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français », *RFDA*1990, pp. 1053-1064, notamment pp. 1057-1058 ; TCHEN (V.), « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire », *RFDA* 1997, pp. 597-614 ; CHAUVET (C.), « Que reste-t-il de la « théorie » des mesures d'ordre intérieur », *AJDA* 2015, pp. 793-798.
Un argument similaire est utilisé pour justifier la diminution des actes de gouvernement : GOYARD (C.), « État de droit et démocratie », pp. 299-314 in *Droit administratif, Mélanges René Chapus*, *op. cit.* ; CARPENTIER (E.), « L' « acte de gouvernement » n'est pas insaisissable », *RFDA* 2006, pp. 661-677.
3086. Voir *supra* : Partie II, Titre I, Chapitre I, Section IV, I, A, 2.
3087. CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin* et *Marie*, rec. 82 et 85, concl. Frydman ; *RFDA* 1995, pp. 353-370, concl. Frydman ; GAJA 21e éd., n°90.
3088. *RFDA* 1995, p. 355.
3089. *idem*.

de mise en cellule individuelle, qu'elle ait été prise de façon préventive[3090] ou non[3091] ; ou encore l'interdiction pour un détenu de correspondre avec les autres détenus[3092]. Une fois le recours admis, cela ne signifie pas pour autant que la demande aboutira. L'arrêt *Hardouin* en est un exemple[3093].

Le Conseil d'État a précisé, par la suite, sa méthode d'identification par trois arrêts, là aussi rendus le même jour : les arrêts *Boussouar*, *Planchenault* et *Payet*[3094]. Ils sont d'autant plus remarquables qu'ils ne concernent pas des sanctions, mais des mesures de pure organisation administrative, prises par l'administration pénitentiaire. Pour ne prendre que l'exemple de l'arrêt *Planchenault*, le juge y précise de façon très claire qu'« eu égard à sa nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus, une décision de déclassement d'emploi constitue un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; qu'il en va autrement des refus opposés à une demande d'emploi ainsi que des décisions de classement, sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus ». Le contrôle s'effectue en deux temps : d'une part, sont appréciés la nature et les effets de la décision ; d'autre part, si la mesure ne semble pas, *a priori*, permettre un recours pour ces motifs, le juge s'intéresse toutefois à ses effets concrets sur les droits et libertés. Le premier temps de la réflexion renvoie aux arrêts *Hardouin* et *Marie*. Le second temps, en revanche, permet au juge de porter un regard encore plus précis quant aux effets de l'acte.

Ces jurisprudences permettent à la fois une approche globale et concrète des mesures pouvant être soumises au recours pour excès de pouvoir[3095]. L'approche est globale, car elle crée des catégories de décisions. D'une part, il est des décisions dont la nature et les effets font d'elles des candidates au recours, quel que soit le requérant qui y est soumis ; l'appartenance à cette catégorie reflète une présomption irréfragable de soumission au contrôle juridictionnel de la mesure. D'autre part, des décisions qui, par présomption réfragable cette fois, ne sont pas soumises au recours, et constituent des mesures d'ordre intérieur[3096]. Ensuite, l'approche est concrète, casuistique. Une

3090. CE, 12 mars 2003, *Frérot*, rec. 121 ; *AJDA* 2003, pp. 1271-1276, concl. Olson ; *RFDA* 2003, pp. 1012-1016, note. J.-P. Céré.
3091. CE, 28 février 1996, *Fauqueux*, rec. 52.
3092. CE, 8 décembre 2000, *Frérot*, rec. 589 ; *Les Petites Affiches* 2001, n°28, pp. 16-23, concl. Schwartz.
3093. Le Conseil d'État rejette en effet le recours après avoir constaté l'absence d'erreur manifeste d'appréciation de l'administration dans cette affaire. En revanche, la sanction dans l'arrêt *Marie* est annulée au motif que les faits invoqués ne justifiaient pas la mesure prise.
3094. CE, Ass., 14 décembre 2007, *Boussouar*, *Planchenault* et *Payet,* respectivement au recueil p. 495, p. 474 et p. 498 ; *AJDA* 2008, pp. 128-135, chron. Julien Boucher et Béatrice Bourgeois-Machureau ; p. 2364, obs. M.-C. Montecler ; *RFDA* 2008, pp. 87-103, concl. Guyomar, pp. 87-103 sur les affaires *Planchenault* et *Boussouar* ; pp. 104-108, concl. Landais sur l'affaire *Payet*.
3095. Sur cette double approche, voir les conclusions de Mattias Guyomar sur les affaires *Planchenault* et *Boussouar*, précitées.
3096. GUYOMAR (M.), « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA* 2009, pp. 413-415, p. 414. Voir aussi, et surtout, les conclusions sur les affaires *Planchenault* et *Boussouar* (notamment RFDA

décision appartenant à la seconde catégorie pourra être soumise au recours du fait de l'atteinte qu'elle provoque aux droits et libertés du requérant[3097]. Dans son arrêt *Puci*, du 13 novembre 2013, le Conseil d'État applique ce double niveau de réflexion[3098]. Était en cause une décision de transfert d'un détenu d'un centre de détention à un autre. Une telle décision n'aggravant pas, en principe, les conditions de détention, elle constitue une mesure d'ordre intérieur. Toutefois, le recours pour excès de pouvoir a été admis au motif que le centre de détention, où se trouvait alors le détenu, avait un mode de fonctionnement plus permissif que celui dans lequel il était transféré. Dès lors, la mesure cause, dans l'espèce, une aggravation des conditions de détention, justifiait l'ouverture du prétoire. La distinction s'opère selon cette ligne de fracture : la mesure a-t-elle des effets sur le détenu ? Si oui, sont-ils suffisamment importants pour ouvrir l'accès au recours ? C'est dans cette optique que, dans une même affaire, le Conseil d'État distingue la mesure de contrôle des appareils informatiques des détenus et la saisie de ceux-ci[3099]. Si la première, du fait de sa nature et de ses effets, ne peut être attaquée, une conclusion inverse s'impose pour la seconde.

Le juge opère le classement de la décision après un examen de ses effets[3100]. Cela traduit une approche concrète du juge à chaque étape, même dans son appréciation *in abstracto* de la mesure. Cela permet au juge de s'assurer que la décision, précisément en cause devant lui, n'a pas de conséquence négative pour les droits et libertés du détenu. *In fine*, que l'approche soit dite « globale » ou « concrète », elle n'est pas radicalement différente. Ce qui intéresse en premier lieu le juge ce sont les effets de la décision sur la situation du détenu. On retrouve parfaitement cette idée dans l'affaire *Planchenault*. Pour proposer la soumission au recours pour excès de pouvoir des décisions de déclassement d'emploi prises dans l'intérêt du service, Mattias Guyomar relève qu'elles ont un impact négatif tant sur les finances que sur les chances de remise de peine du détenu[3101].

2008, p. 94).

3097. Dans ses conclusions, le commissaire du Gouvernement Guyomar mentionne l'exemple d'une décision de transfèrement d'un détenu vers une prison plus « permissive » pouvant néanmoins porter atteinte à ses droits si celle-ci n'est pas équipée d'un équipement de santé permettant de prendre en charge une maladie chronique l'affectant. Cet élément a été invoqué par un requérant dans une affaire postérieure. Cependant, dans l'espèce, les juges ont conclu que le centre pénitentiaire disposait des moyens nécessaires pour prendre en charge la maladie du détenu : CE, 9 avril 2008, *Rogier*, rec. 800 ; *AJDA* 2008, p. 781, obs. M.-C. de Monteclerc ; pp. 1827-1830, note D. Costa.

3098. CE, 13 novembre 2013, *Puci*, rec. t. 683 ; *RFDA* 2014, pp. 965-969 note D. Pollet-Panoussis.

3099. CE, 9 novembre 2015, *Dos Santos Pedro*, rec. t. 788.

3100. La démarche est similaire dans la fonction publique. Ce sont les effets de l'acte sur l'agent qui déterminent leur soumission au contrôle du juge : tel est le cas s'il a des effets négatifs sur la rémunération, le statut ou les droits et libertés de l'agent, par exemple. Toutefois, une différence est récemment apparue. Par un arrêt *Mme B.*, rendu le 25 septembre 2015 (Sect., rec. 322), le Conseil d'État a admis que pouvait être soumis au recours pour excès de pouvoir, une mesure d'ordre intérieur traduisant une discrimination. Deux points doivent être relevés. En premier lieu, lorsque le Conseil d'État ouvre nouvellement son prétoire à une mesure d'ordre intérieure, celle-ci perd sa qualification et devient un acte administratif. Ici, pour le cas précis de la discrimination, l'acte reste qualifié de « mesure d'ordre intérieur ». En second lieu, l'arrêt *Mme B.* innove en acceptant un recours pour excès de pouvoir dans le domaine des mesures d'ordre intérieur, non au regard des conséquences, mais des motifs de l'acte. Le but reste bien, cependant, la protection de l'individu. Voir : DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.) et ODINET (G.), « Variations sur le thème de la mesure d'ordre intérieur dans la fonction publique », *AJDA* 2015, pp. 2147-2150.

3101. *RFDA* 2008, p. 99. On retrouve aussi dans les conclusions de Patrick Frydman l'argument de l'impact de la

Cette logique était déjà présente dans les conclusions de Patrick Frydman que nous avons citées.

d. Le reflux du recours pour excès de pouvoir, illustration de la subjectivisation du droit administratif

Les évolutions que le recours pour excès de pouvoir a connues n'ont pas suffi à le protéger de la concurrence du recours de plein contentieux. Le mouvement de subjectivisation est général et parcourt l'ensemble du droit administratif et de son contentieux. Afin de mieux répondre aux exigences que cela implique, le législateur, mais aussi le juge administratif, privilégient de plus en plus le recours de plein contentieux. Ce dernier ouvre plus de possibilités au juge pour veiller au respect des droits par l'administration : il n'est pas limité à l'annulation de l'acte, il peut se substituer à l'administration en fixant lui-même le montant d'une indemnité due à un agent ; il peut modifier un acte afin de le rendre légal ; il peut aussi déclarer l'administration responsable et lui faire payer des dommages et intérêts. Face à un recours pour excès de pouvoir trop abstrait et théorique, le recours de plein contentieux se présente comme plus apte à permettre au juge de prendre en compte les considérations propres de l'affaire et d'ainsi choisir la solution la plus adaptée.

De nombreux textes viennent ainsi conférer des pouvoirs divers au juge, dans un contentieux particulier. Dans un tel cas, ce domaine n'appartiendra pas, ou plus, au recours pour excès de pouvoir. Il en va ainsi, notamment, dans le domaine des sanctions prononcées dans les domaines de la régulation[3102]. Les exemples pourraient être multipliés. En qualifiant le recours ouvert, le législateur souhaite avant tout permettre un contrôle plus efficace du juge.

Ce mouvement est aussi jurisprudentiel. En l'absence de texte, le juge qualifie lui-même le recours dont il est saisi. Plus précisément, il peut considérer qu'une demande doit être faite plutôt par la voie du recours pour excès de pouvoir que par la voie de la pleine juridiction, et

décision sur une possible réduction de peine : *RFDA* 1995, p. 356.

3102. Il faut ici se référer à l'article L. 311-4 du Code de justice administrative. Celui-ci attribue certains recours au Conseil d'État, compétent en premier et dernier ressort. L'article dispose très explicitement que « le Conseil d'État connaît, en premier et dernier ressort, des recours de pleine juridiction qui lui sont attribués en vertu », et s'en suit une liste de dispositions de divers codes. Citons-en un exemple : il est fait référence à l'article L. 612-16 du Code monétaire et financier. Il prévoit que les décisions prises par la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction. En vertu de l'article L. 612-1 du même Code, « l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, autorité administrative indépendante, veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle ».

Pour d'autres exemples, voir : CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif,* 13e éd., *op. cit.*, pp. 238-247 ; WALINE (J.), « Plein contentieux et excès de pouvoir », *RDP* 2015, pp. 1551-1566, voir pp. 1556-1557.

inversement[3103]. Force est de constater que la ligne de démarcation se déplace plutôt dans ce second sens[3104]. Le domaine des sanctions en constitue, une fois encore, l'exemple topique.

Par son arrêt *Société Atom*, le Conseil d'État a considéré que relevaient du contentieux de pleine juridiction les sanctions prises par l'administration contre les administrés[3105]. L'enjeu de l'arrêt, et des conclusions du commissaire du Gouvernement Claire Legras, étaient de déterminer si le principe de rétroactivité des lois pénales plus douces pouvait s'appliquer par le biais du contentieux de l'excès de pouvoir[3106]. Dans ses conclusions, Claire Legras relève que rien ne s'oppose à ce que le juge de l'excès de pouvoir fasse application de ce principe issu du droit pénal[3107]. Cependant, dans une telle configuration, il ne pourrait pas pleinement porter ses fruits. Limité à l'annulation de l'acte, il ne pourrait faire bénéficier le requérant des potentialités de l'application de la rétroactivité *in mitius*. Il faut que le juge chargé de ce type de litige puisse se substituer à l'administration. Telle est la principale force du juge de pleine juridiction. La solution proposée, et qui sera retenue, a pour but de mieux garantir les intérêts du requérant, en lui octroyant une décision favorable sans renvoyer l'affaire à l'administration[3108]. Dès lors, le passage d'un contentieux à l'autre se fait dans l'optique d'une meilleure protection des droits des individus. Cette jurisprudence a par la suite été étendue, comme le suggéraient les conclusions du commissaire du Gouvernement. Elle concerne toutes les sanctions contre les administrés : il en va ainsi, par exemple, du contentieux du retrait des points du permis de conduire[3109] ou du retrait de la carte de résident[3110]. En revanche, la décision de déchoir quelqu'un de sa nationalité, pourtant analysée comme étant une sanction administrative, reste soumise au recours pour excès de pouvoir. Il semble

3103. Voir sur ce point les éclairantes conclusions de Bruno Genevois dans l'affaire *Aldana Barreña* : CE, Sect., 8 janvier 1982, rec. 9, concl. Genevois.
De même, faisant œuvre de doctrine, le conseiller d'État André Heilbronner notait que « si en définitive la matière juridique dicte la solution, c'est quelquefois à travers la conception que le juge se fait de son rôle » (« Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », *Dalloz* 1953, pp. 183-188, p. 188).
Voir aussi : LEPETIT-COLLIN (H.) et PERRIN (A.), « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », *RFDA* 2011, pp. 813-829, notamment pp. 825-826.
3104. PACTEAU (B.), « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *RA*, num. spéc., 1999, pp. 51-65.
3105. CE, Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, rec. 26 ; *RFDA* 2009, pp. 259-271, concl. Legras.
Voir : MARTINEZ-MEHLINGER (J.), « Vers l' « atomisation » du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des sanctions administratives », *RFDA* 2012, pp. 257-268 ; ETOA (S.), « L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives », *AJDA* 2012, pp. 358-365.
3106. Une loi et une ordonnance de 2005 avaient modifié le taux applicable pour déterminer le montant d'une amende fiscale pour les encaissements de somme en numéraire supérieure à 5000 francs. Avant ces deux textes, l'amende s'élevait à 5% des sommes ainsi perçues ; après 2005, l'administration peut infliger une amende s'élevant au maximum à ce même taux. Ce qui était avant un pourcentage fixe est devenu un plafond. La Société Atom avait reçu une amende en 1999, fixée par application du taux de 5%. Après un jugement et un appel, l'affaire arrive devant le Conseil d'État. Se pose alors la question de l'application de la loi pénale plus douce.
3107. *RFDA* 2009, p. 262.
3108. *RFDA* 2009, p. 263 ; voir aussi p. 268.
3109. CE, avis, 9 juillet 2010, *Berthaud*, rec. 287. Voir : PONTIER (J.-M.), « L'art de créer du contentieux : le permis à points », *AJDA* 2016, pp. 1384-1391.
3110. CE, 10 juin 2009, *Mme Zheng*, rec. t. 889.

qu'ici ce soit le lien particulier entre l'individu naturalisé et sa patrie, mais aussi la nature particulière de l'acte ayant la forme d'un décret, qui ont emporté la conviction du rapporteur public[3111].

Ce mouvement n'est pas cantonné aux sanctions[3112]. Dans le contentieux contractuel, le recours pour excès de pouvoir a été largement remis en cause au profit du recours de pleine juridiction[3113]. De même, lorsque le Conseil d'État a créé une nouvelle possibilité de contestation aux concurrents évincés de la passation des contrats administratifs, il a ouvert un recours de pleine juridiction[3114]. Toujours dans le domaine contractuel, une autre évolution illustre parfaitement le recul pour excès de pouvoir. Traditionnellement, le déféré préfectoral était analysé comme un recours pour excès de pouvoir même lorsqu'il portait sur un contrat administratif[3115]. Cette qualification a été abandonnée en 2011 par le Conseil d'État. Désormais, un tel recours contre un contrat administratif est assimilé à un recours de pleine juridiction[3116]. Concernant des décisions financières, et par exception à la jurisprudence *Lafage*, le Conseil d'État considère comme devant être de pleine juridiction les recours contre les arrêtés de débet, les états exécutoires ainsi que les ordres de versement[3117]. Enfin, c'est aussi ce recours qui est retenu lorsque la question est l'attribution d'une certaine qualité au requérant, lui ouvrant divers droits : il en va ainsi de la qualité de réfugié ou encore de personne handicapée[3118].

L'attribution par la loi d'un pouvoir d'injonction au juge administratif contribue aussi à ce mouvement. Certes, elle ne dit rien quant à la nature des conclusions à fin d'injonction. Pour autant, et dans le but de leur donner le plus grand effet, le Conseil d'État considère qu'elles ont une nature de pleine juridiction[3119]. Cette qualification permet au juge de se placer à la date de sa décision afin

3111. CE, 8 juin 2016, *M. T.* (5 espèces), rec. 231 ; *AJDA* 2016, pp. 1758-1764, concl. Domino ; *DA* décembre 2016, pp. 36-40, comm. G. Eveillard.
3112. BERNARD (M.), « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *AJDA* 1995, num. spéc., pp. 190-199 ; PACTEAU (B.), « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction? », *R.A*, num. spé., 1999, pp. 51-65.
3113. CE, Ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne*, rec. 70 ; *RFDA* 2014, pp. 425-437, concl. Dacosta ; pp. 438-449, note P. Delvolvé ; GAJA 21e éd., n°114.
POUYAUD (D.), « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats ? », *RFDA* 2015, pp. 727-740.
3114. CE, Ass., 16 juillet 2007, S*ociété Tropic Travaux Signalisation*, rec. 360.
3115. CE, Sect., 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie de la Réunion*, rec. 302.
3116. CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c. Synd. intercommunal de distribution d'eau du Nord*, rec. 662 ; *AJDA* 2012, pp. 1064-1071, note Matthieu Quyollet ; *RFDA* 2012, pp. 683-691, note P. Delvolvé.
3117. Respectivement pour ces trois types d'actes : CE, 23 juin 1965, *Compagnie normande d'études*, rec. 387 ; CE, Sect., 27 avril 1988, *Mbakam*, rec. 172 ; CE, Sect., 23 décembre 1988, *Cadilhac*, rec. 465.
3118. Respectivement : CE, Sect., 8 janvier 1982, *Aldana Barreña*, rec. 9 ; CE, avis, 6 avril 2007, *Douwens Prat*, rec. 153.
3119. CE, 4 juillet 1997, *Epoux Bourezak*, rec. 278.

de statuer sur la demande d'injonction. Il peut ainsi prendre en compte tous les éléments de droit et de fait postérieurs à la date de l'édiction de la décision annulée, permettant une meilleure adaptation de son office quant aux données de l'espèce. Ce n'est pas à proprement parler un reflux du rôle du juge de l'excès de pouvoir. Mais, cela démontre que le juge peut considérer les spécificités de ce recours comme des entraves à la protection des droits des individus et à l'efficacité des décisions de justice.

Les coups portés au recours pour excès de pouvoir sont nombreux. Au-delà d'une remise en cause purement quantitative des domaines qui lui sont ouverts, c'est à une remise en cause idéologique à laquelle il doit faire face. En moins d'un siècle, il est passé de « plus merveilleuse création des juristes, [d]'arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés »[3120] au qualificatif de « circonstance aggravante », donnant lieu à « une victoire à la Pyrrhus », et qui fait grandir « petit à petit […] chez le juge le sentiment d'un droit désarmé, d'un droit cosmétique qui a perdu de vue ses raisons essentielles »[3121]. Ces deux constats sont excessifs. Mais ils dénotent toutefois, par leur opposition, l'évolution du regard porté sur cette institution qu'est le recours pour excès de pouvoir. Le mouvement de recul qu'il connaît est le symptôme visible d'un mal récurrent. Trop objectif, trop abstrait, trop éloigné des réalités, il ne permet pas au juge de satisfaire pleinement le requérant. À l'heure de la subjectivisation et de la protection de l'individu face à l'administration, il deviendrait un outil archaïque, voire dangereux.

2. Une réévaluation de la *judicial review* conduisant à la fonder sur la *common law*

La nouvelle conception du droit administratif basée sur une acception plus libérale et traduite dans la théorie du « feu rouge », trouve un reflet particulier dans les réflexions sur les bases constitutionnelles de la *judicial review*. L'*ultra vires* met au cœur de la *judicial review* l'idée que les juges ont uniquement pour fonction de veiller au respect de la volonté du Parlement. Toute l'ambition des tenants de la *common law* comme base constitutionnelle est de rompre ce lien, afin de promouvoir un contrôle juridictionnel source et protecteur des droits. Or, c'est justement ce droit, élaboré de façon incrémentale, et fruit d'une longue histoire, qui apparaît le mieux à même de

3120. Selon la célèbre formule de Gaston Jèze : Rapport à l'institut international de droit public, in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 180.
3121. DULMET (A.), « L'office du juge en contentieux des étrangers : évolution, révolution ? Réflexions d'une magistrate désarmée », *AJDA* 2016, pp. 894-898, notamment p. 894 et p. 895.
Pour un constat similaire : WOEHRLING (J.-M.), « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », pp. 777-791 in *L'Etat de Droit*, *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit*.

remplir cette mission (b.). Bien que guidée par une volonté commune, il faut toutefois constater que la systématisation de la position des tenants de cette vision n'est pas toujours simple du fait du caractère hétérogène de la doctrine de *common law*. Le point commun entre ces auteurs est avant tout le rejet de l'*ultra vires* (a.). Et encore, même sur ce point, il peut apparaître difficile d'opposer avec trop de vigueur ces deux conceptions. Elles apparaissent avant tout complémentaires dans la recherche de la meilleure légitimité de la protection des individus par les juges (c.).

Notons, qu'à l'inverse de ce qu'a connu le recours pour excès de pouvoir, il n'est pas possible d'identifier un mouvement jurisprudentiel de recentrage du régime de la *judicial review* sur les individus. La tendance à libéraliser l'intérêt à agir ne se dément pas, et les juges conservent leur pouvoir discrétionnaire dans l'octroi des *remedies*[3122]. La réforme du *Criminal Justice and Courts Act* de 2015, visant à restreindre la *judicial review*, ne peut être assimilée au phénomène de subjectivisation du recours pour excès de pouvoir. D'une part, promue par le Gouvernement, elle ne dénote pas un changement d'attitude des juges envers leur recours. D'autre part, les raisons avancées par le Gouvernement pour justifier ce projet ne sont pas centrées sur une volonté d'amélioration de la protection des individus. Plus prosaïquement, il s'agit de diminuer le coût financier que fait peser le succès de la *judicial review*, et d'éviter l'engorgement des tribunaux[3123]. Derrière ces intentions, il est aussi question de limiter les annulations contentieuses, jugées trop fréquentes et fondées sur des motifs parfois triviaux[3124].

a. La difficile catégorisation des tenants de la *common law*

La conception de l'*ultra vires* classique n'a plus cours. Elle avait comme défaut principal de trop lier la *judicial review* à l'application stricte de la loi. La doctrine modifiée de l'*ultra vires* a émergé afin de l'actualiser au regard des évolutions qu'avait connues la *judicial review*. Mais certains auteurs préfèrent abandonner purement et simplement toute idée d'*ultra vires* comme

3122. Sur la relation entre ces deux éléments et la théorie du droit administratif « basé sur les droits » : VARUHAS (J. NE.), « The reformation of English administrative law ? « Rights », rethoric and reality », *op. cit*., pp. 380-385.
3123. MOFFATT (R.) et THOMAS (C.), « And then they came for judicial review : proposals for futher reform », *Journal of Immigration Asylum and Nationality Law* 2014, pp. 237-253 ; SAMUELS (A.), « Judicial review : the new law : the Criminal Justice and Courts Act 2015 Chapter 2 », *JPL* 2015, pp. 754-758 ; MILLS (A.), « Reforms to judicial review in the Criminal Justice and Courts Act 2015 : promoting efficiency or weaking the rule of law ? », *PL* 2015, pp. 583-595.
Voir également : *Judicial review and the Rule of Law : An Introduction to the Criminal Justice and Courts Act* 2015, Part 4, Octobre 2015, 63 pages
3124. Dans le rapport publié afin d'initier la réforme, l'exécutif y affirme : « le Gouvernement est inquiet de l'utilisation sans fondement des demandes de judicial review afin de ralentir, remettre en cause ou décourage l'action légitime de l'exécutif » : *Judicial Review : proposals for further reform* (2013), [7].

fondement, et lui substituer la *common law*. Produit de la jurisprudence, révélée de façon casuistique, elle apparaît comme le meilleur reflet des exigences de la *rule of law*, ainsi que le moyen le plus efficace pour en faire respecter les valeurs libérales, et assurer la protection des droits[3125]. C'est par exemple sur la *common law* que se fondent, pour ne citer qu'elles, les jurisprudences *Thoburn* et *Jackson*, dont l'importance constitutionnelle est patente. Les auteurs défendant une conception de la *judicial review* basée uniquement sur elle sont considérés comme faisant la promotion de ce qui est appelé le « constitutionnalisme de *common law* » (*common law constitutionalism*)[3126].

Si les tenants de la *common law* peuvent facilement être regroupés pour ce qui est des critiques faites à l'*ultra vires*, il en va autrement lorsqu'il s'agit d'expliquer leur propre vision de ce qu'est le fondement de la *judicial review*. L'appel à la *common law* renvoie à des idées parfois très différentes, et les oppositions entre auteurs ne sont pas rares. Cela a très clairement été mis en évidence par Justin Leslie[3127]. L'auteur souligne en effet les différences d'approches quant aux critiques faites à la souveraineté du Parlement, et à la place de l'intention du Parlement au sein du contrôle des juges. Sans entrer dans les détails, une distinction peut être opérée entre d'un côté John Laws, dont les idées reposent sur la remise en cause de la souveraineté du Parlement, et les autres auteurs, plus à même de l'accepter, mais avec, pour chacun, une importance variable à lui attribuer.

De même, une opposition existe entre Trévor Allan et Paul Craig[3128]. Plus particulièrement, Allan critique le débat entre l'*ultra vires* et la *common law*. Les deux approches sont considérées comme trop formelles et artificielles. En cela, elles sont très proches l'une de l'autre, car elles reposent sur des données similaires. L'auteur adopte une approche plus normativiste : il souhaite

3125. FAIRGRIEVE (D.), « État de Droit and Rule of Law : Comparing Concepts », voir 199-200 in *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit.* ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 283-289.

3126. POOLE (T.), « Back to the Future ? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *OJLS* 2003, pp. 435-454 ; « Questioning common law constitutionalism », *Legal Studies*, 2005, pp. 142-163 ; ALLAN (T.R.S.), « Legislative Supremacy and Legislative Intent. A Reply to Professor Craig », *OJLS* 2004, pp. 563-583 ; CLARKE (A.) et SORABJI (J.), « The Rule of Law and Our Changing Constitution », voir pp. 56-59 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A Liber Amicorum*, sous la dir. M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit.* ; HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, 283-289 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 20-26.

3127. LESLIE (J.), « Vindicating common law constiutionalism », *Legal Studies* 2010, pp. 301-323.

3128. Concernant les idées de Trévor Allan, voir : ALLAN (T.R.S), « Fairness, Equality, Rationality : Constitutional Therory and Judicial Review », pp. 15-37 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC*, sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; « The Rule of Law as the Foundation of Judicial Review », pp. 413-419 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit.* ; « The constitutional foundations of judicial review : conceptual conundrum or interpretative inquiry ? », *CLJ* 2002, pp. 87-125 ; « Doctrine and theory in administrative law : an elusive quest for limits of jurisdiction », *PL* 2003, pp. 429-454 ; « Legislative Supremacy and Legislative Intent. A Reply to Professor Craig », *OJLS* 2004, pp. 563-583 ; « Law, democracy, and constitutionalism : reflections on Evans v. Attorney General », *CLJ* 2016, pp. 38-61.

Pour les critiques formulées par Paul Craig, voir : CRAIG (P.), « Constitutional foundations, the rule of law and supremacy », *PL* 2003, pp. 92-111 ; « Legislative Intent and Legislative Supremacy : A Reply to Professor Allan », *OJLS* 2004, pp. 585-596.

davantage rechercher la légitimité des juges et la façon dont il contrôle un acte et décide de l'intensité de ce contrôle[3129]. Le professeur Allan défend l'idée d'un partage de souveraineté entre les cours et le Parlement, exprimant l'idée d'un dialogue entre les deux institutions : les premières vont concilier la volonté du second avec les principes constitutionnels et le respect des droits[3130]. Le Parlement est considéré comme ayant toujours une intention. Toutefois, ce « dialogue » est largement dominé par les cours qui peuvent, à l'aide de l'interprétation de la loi, obliger le Parlement au respect des droits[3131]. Grâce à cela, les juges donnent toujours à la loi un sens compatible avec les principes et droits constitutionnels. La possibilité pour le Parlement de les remettre en cause par une volonté claire est fictive et s'appuie sur une vision trop formaliste de l'intention[3132]. Sur le fond, ce sont les juges qui en décident et peuvent, s'ils le souhaitent, ne jamais considérer les termes du texte comme suffisamment clairs. Paul Craig, quant à lui, considère que les juges n'ont pas un tel pouvoir[3133]. Ils peuvent interpréter une loi, lorsque cela est possible, conformément à certains droits, mais toujours dans le respect de la souveraineté du Parlement. Cela revient à autoriser le Parlement à imposer sa volonté aux juges, s'il est suffisamment clair. Paul Craig n'admet pas la possibilité quasi infinie d'interprétation conforme de la loi soutenue par Trévor Allan, ni la possibilité de remettre en cause la validité d'une loi[3134]. Pour le premier, la *common law* inclut le respect de la souveraineté parlementaire, ce qui n'est pas le cas du second. De plus, comme nous l'avons déjà souligné, le professeur Craig défend l'idée que le Parlement n'a pas d'intention particulière vis-à-vis de la *judicial review*, et du contrôle devant être opéré par les juges, sauf à s'y opposer expressément. Il critique Trévor Allan en soulignant le caractère largement fictif de sa construction de l'intention du Parlement.

3129. Voir principalement sur ces questions : ALLAN (T.R.S), « The constitutional foundations of judicial review : conceptual conundrum or interpretative inquiry ? », *op. cit*.
Pour une critique, voir : CRAIG (P.), « Constitutional foundations, the rule of law and supremacy », *op. cit*.
3130. ALLAN (T.R.S), « Legislative Supremacy and Legislative Intent. A Reply to Professor Craig », *op. cit*., notamment p. 567 et p. 582.
3131. ALLAN (T.R.S), « The constitutional foundations of judicial review : conceptual conundrum or interpretative inquiry ? », *op. cit.*, pp. 101-108 ; « Legislative Supremacy and Legislative Intent. A Reply to Professor Craig », *op. cit.* ; « Law, democracy, and constitutionalism : reflections on Evans v. Attorney General », *op. cit.*, notamment pp. 41-48.
Rappelons que l'auteur va même jusqu'à dire qu' « un constructivisme robuste […] peut permettre les mêmes choses qu'une remise en cause, sans perdre le texte législatif ou provoquer un affront inutile envers le législateur ». (ALLAN (T.R.S), « Legislative Supremacy and Legislative Intent. A Reply to Professor Craig », *op. cit.*, p. 581).
3132. Pour le professeur, « l'intention parlementaire est véritablement une métaphore » : ALLAN (T.R.S), « The constitutional foundations of judicial review : conceptual conundrum or interpretative inquiry ? », *op. cit.*, p. 108 ; « Legislative Supremacy and Legislative Intent. A Reply to Professor Craig », *op. cit.*, p. 565.
3133. CRAIG (P.), « Legislative Intent and Legislative Supremacy : A Reply to Professor Allan », *op. cit.*, pp. 585-596.
3134. CRAIG (P.), « Constitutional foundations, the rule of law and supremacy », *op. cit*., pp. 107-111 ; « Legislative Intent and Legislative Supremacy : A Reply to Professor Allan », *op. cit.*, pp. 594-595.

b. L'appel aux trois vertus de la *common law*

La recherche d'une catégorisation claire et simple se révèle être une tâche impossible. Toutefois, Thomas Poole a entrepris de rechercher les motifs conduisant une partie de la doctrine à fonder la *judicial review* sur la *common law*[3135]. Bien qu'elle soit une catégorisation servant ensuite à l'auteur pour établir certaines critiques, elle nous paraît très largement suffisante pour démontrer ce qui justifie l'appel à la *common law*[3136]. Nous reprenons donc ici la substance du travail de Thomas Poole. Il identifie trois arguments principaux, pouvant s'enrichir mutuellement. Chacun d'eux reflète une vertu de la *common law* : elle permet une garantie substantielle des droits ; elle porte en elle-même des valeurs procédurales ; et enfin, son mode de formation traduit sa souplesse et son caractère évolutif, la rendant adaptable aux changements de la société.

En premier lieu, « la common law constitue une espèce de raisonnement moral »[3137]. En ce sens, elle renvoie à certains préceptes philosophiques qualifiés de kantien car s'appuyant avant tout sur l'autonomie de l'individu[3138]. La *common law* traduit en cela la substance de la *rule of law.* John Laws en est le premier défenseur[3139]. Selon lui, il existe un ordre juridique supérieur ayant vocation à protéger l'individu, notamment contre les possibles défauts d'une vision trop formelle de la démocratie. Cette dernière doit s'enrichir d'une dimension substantielle pour garantir la place de l'individu dans la société, *via* la reconnaissance de droits fondamentaux. La *common law* ferait alors figure de protection contre les limites excessives des droits, nuisant à l'autonomie de l'individu. Les juges en seraient les gardiens, leur légitimité découlant de la protection de cette dimension morale du droit. Allan suit une logique similaire[3140]. Il considère que la *common law* permet une protection efficace des droits négatifs des individus en ce qu'elle repose sur l'idée de « liberté résiduelle ». En cela, elle est profondément libérale, et constitue le siège de la protection des droits. Elle s'oppose sur ce point à la loi qui, bien que pouvant garantir les libertés, est l'unique voie permettant la garantie des droits-créances, supposant nécessairement l'action administrative, et l'atteinte aux libertés. La *common law* constitue uniquement le reflet des conceptions libérales du droit, et de

3135. POOLE (T.), « Back to the Future ? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *OJLS* 2003, pp. 435-454 ; « Questioning common law constitutionalism », *Legal Studies* 2005, pp. 142-163.
3136. Pour une critique des arguments de Thomas Poole : LESLIE (J.), « Vindicating common law constiutionalism », *op. cit.* ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 20-26.
3137. POOLE (T.), « Back to the Future ? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *op. cit.*, p. 440.
3138. *ibid*., pp. 440-44 ; « Questioning common law constitutionalism », *op. cit.*, pp. 146-148.
Pour une étude critique : GRIFFITH (J.A.G.), « The Brave New World of Sir John Laws », *MLR* 2000, pp. 159-176.
3139. Voir également : OLIVER (D.), « The Underlying Values of Public and Private Law », pp. 217-242 in *The Province of Administrative Law*, sous la dir. de M. Taggart, Hart Publishing, Oxford, 1997 (L'auteur identifie cinq valeurs protégées par le droit public, au profit des individus : l'autonomie, la dignité, le respect, le statut dans la société et la sécurité) ; CRAIG (P.), « Constitutional foundations, the rule of law and supremacy », *op. cit*.
3140. ALLAN (T.R.S.), « Constitutional Rights and Common Law », *OJLS* 1991, pp. 453-480.

l'individu.

En second lieu, la *common law* constituerait un modèle de prise de décision[3141]. En tant que reflet du raisonnement juridictionnel, elle permettrait d'obliger à une prise de décision conforme à la morale : la procédure y est contradictoire. Thomas Poole relève ainsi qu'en permettant la participation des individus au processus de décision, la *common law* serait le modèle nécessaire vers lequel devraient tendre les prises de position politique. Basée sur le raisonnement juridictionnel, elle légitime également le rôle des juges, mieux à même de faire respecter des éléments procéduraux qu'ils maîtrisent parfaitement. Par cet aspect, la *common law* concrétise les valeurs formelles de la *rule of law.*

Enfin, le dernier argument en faveur de la *common law* s'appuie sur sa légitimité historique[3142]. Certains auteurs, et principalement Paul Craig, mettent en effet en avant l'ancienneté de cette construction juridique. Les juges s'appuient dessus depuis des siècles, et la développent, afin de limiter les pouvoirs de la Couronne. L'intérêt porté à l'œuvre du juge Coke, dans sa lutte contre le pouvoir royal au XVIIe siècle, fait figure d'image d'Épinal[3143]. Le rôle du pouvoir judiciaire contre l'arbitraire royal permet de parer les juges d'une vocation libérale naturelle. De surcroît, historiquement, la *judicial review* s'est toujours fondée sur la *common law.* L'intention du Parlement, découlant de la souveraineté parlementaire, n'est apparue que postérieurement[3144]. En cela, la *judicial review* peut-être considérée comme un « artefact » de la *common law*, dont le rôle a toujours été de garantir la *rule of law*, c'est-à-dire la soumission du pouvoir au droit[3145]. En plus de ce premier argument, un second est avancé par Allan : de par sa longévité, la *common law* constitue

3141. POOLE (T.), « Back to the Future ? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *op. cit.*, pp. 442-444 ; « Questioning common law constitutionalism », *op. cit*., pp. 150-151 ; COTTERRELL (R.), « Judicial review and Legal Theory », pp.13-34, voir p. 17-19 in *Administrative Law and Government Action*, sous la dir. de G. Richardson et H. Genn, *op. cit.*

3142. POOLE (T.), « Back to the Future ? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *op. cit.*, pp. 444-447 ; « Questioning common law constitutionalism », *op. cit*., pp. 151-152.
Voir : POCOCK (J.G.A.), *L'Ancienne Constitution et le droit féodal*, Cambridge University Press 1957 et 1986, ré-édition par PUF, Paris, 2000, 468 pages : MORISSETTE (Y.-.M.), « Les caractéristiques classiquement attribuées à la common law », *RIDC* 2013, pp. 613-636 notamment pp. 614-622 ; FRIEDMAN (D.), « A common law of human rights : history, humanity and dignity », *EHRLR* 2016, pp. 378-397, notamment pp. 382-385.

3143. HOLDSWORTH (W.), *A History of English Law*, vol. V, *op. cit.*, pp. 412-493 ; BEAUTE (J.), *Un grand juriste anglais : Sir Edward Coke (1552-1634) ses idées politiques et constitutionnelles*, *op. cit.* ; BRAILLON (C.), « Aux origines du lien entre sujet et souverain dans les pays de common law : Le report du juge Edward Coke sur le Calvin's Case (1608) », *Rev. Hist. Droit* 2010, pp. 397-422.

3144. CRAIG (P.), « Ultra Vires and the Foundations of Judical Review », pp. 47-71, voir pp. 61-70 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit.* ; « Public Law, Political Theory and Legal Theory », *PL* 2000, pp. 211-239, notamment pp. 231-239.
Pour un argument similaire, voir : SEDLEY (S.), « The sound of silence : constitutional law without a constitution », *LQR* 1994, pp. 270-291.

3145. Selon les termes de Lady Hale : *R. (on the application of Cart) v. Upper Tribunal* [2011] UKSC 28, [37].
Voir : SEDLEY (S.), *ibid.* ; *Lions Under the Throne*, *op. cit*.

le meilleur reflet des valeurs de la société qu'il appartient aux juges de protéger[3146]. Sa légitimité historique, basée sur un développement casuistique et par induction, la conduit à toujours être d'actualité. Proche des individus, elle est la mieux à même pour les protéger, rejoignant ici la première des vertus exposées. Une affaire en particulier illustre ce point : *Entick v. Carrington*[3147]. Résolue en 1765, elle conduit à l'interdiction pour le gouvernement de violer le droit d'un individu, en l'occurrence le droit de propriété, sans autorisation expresse. Elle constitue, pour les promoteurs de la *common law*, la preuve du caractère libéral de la jurisprudence, et de son efficacité dans la lutte contre les prétentions arbitraires d'un gouvernement trop intrusif. La *judicial review* est donc une composante et un vecteur de la *common law*. Cette dualité est similaire à celle qui unit la *judicial review* et la *rule of law* ; c'est, qu'en fait, la *common law* est une partie intégrante, si ce n'est la dimension principale, de la *rule of law*. Les trois termes sont intimement liés et interdépendants, justifiant la centralité du rôle du juge dans le contrôle de l'action publique, et dans la garantie des droits.

La *common law* est donc considérée comme un vecteur, mais aussi une source de la *rule of law*. Ce point est admis en jurisprudence et en doctrine. Le caractère ancien de la *rule of law* correspond largement à la *common law* et se définit casuistiquement grâce à elle[3148] ; en élaborant cette dernière de façon incrémentale, les juges peuvent faire ressortir ces valeurs, et ainsi protéger les droits[3149]. Cette analogie entre les deux est admise, tant par les tenants de l'*ultra vires* modifiée que de la *common law*. Que ce soit par le biais de l'intention générale du Parlement ou par application directe de règles, « l'ensemble de la judicial review repose sur un fondement unique, *viz*. la rule of law »[3150]. La *judicial review* apparaît bien comme un moyen de sanction de la *rule of law*. De même, pour Paul Craig, la *judicial review* est une création de la *common law* basée sur des éléments normatifs regroupés au sein de la *rule of law*[3151].

3146. ALLAN (T.R.S.), « Constitutional Rights and Common Law », *op. cit*.
Voir sur les idées de Allan : HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 284-286.
3147. (1765) 19 State Trials 1030.
3148. FAIRGRIEVE (D.), « État de Droit and Rule of Law : Comparing Concepts », voir pp. 199-200 in *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, *op. cit*.
3149. ALLAN (T.R.S.), « Constitutional Rights and Common law », *OJLS* 1991, pp. 453-480 ; « The rule of law as the rule of reason : consent and constitutionalism », *op. cit*., pp. 239-244.
3150. ELLIOTT (M.), « The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Settings : Still the Central Principle of Administrative Law », voir p. 107 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit.* (C'est l'auteur qui souligne).
Dit autrement : « la constitution Britannique est fermement basée sur la rule of law, et le contrôle de judicial review en est peut être la manifestation la plus claire. Par conséquent, l'impulsion qui fonde la judicial review est essentiellement un désir de veiller à ce que les pouvoirs publics soient contrôlés par référence à ces normes considérées comme constitutionnellement fondamentales » (ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 196).
3151. CRAIG (P.), « Public law, Political Theory and Legal Theory », *PL* 2000, pp. 211-239, p. 231.

Ces trois éléments sont complémentaires, bien qu'ils ne soient pas forcément tous défendus par les auteurs. Le point de vue historique donne une légitimité incontestable à la *judicial review.* Elle est ancrée dans la tradition anglaise, et existe indépendamment du Parlement. De surcroît, en admettant cette longévité historique de la *common law*, les auteurs en démontrent le caractère évolutif et adaptable. La *common law* d'hier n'est plus celle d'aujourd'hui, et c'est en cela qu'elle peut être un miroir des valeurs de la société. Ces dernières représentent les aspirations contemporaines des individus. Or, le développement de la protection des droits est au cœur de grandes constructions juridiques récentes, comme la Convention européenne. Elle passe par un rôle plus actif des juges, allant jusqu'à entrer en opposition avec une vision trop formelle de la démocratie. Mais, pour autant, en raison des valeurs procédurales qu'elle véhicule, la *judicial review* renforce et s'inscrit dans l'approche formelle. Elle ne s'y oppose pas frontalement. En permettant une meilleure participation des individus à la prise de décision, elle en est également une figure. Cela permet aussi à l'individu de mieux accepter une décision administrative lui étant défavorable, améliorant de surcroît le respect de sa dignité et de son autonomie personnelle. Les trois arguments se révèlent très liés. Ils sont l'expression de chaque facette de la *judicial review* : son caractère évolutif, l'extension de sa dimension substantielle (par la voie de la rationalité), mais également procédurale (par la voie de l'erreur procédurale). La *common law* apparaît bien plus en mesure de justifier et d'expliquer la *judicial review* que la seule théorie de l'*ultra vires*.

c. *Common law* et *ultra vires* : opposition ou réconciliation ?

Il ne faut toutefois pas exagérer la distinction entre théorie de l'*ultra vires* modifiée et théorie de la *common law.* En généralisant, il est possible de voir une tendance au rapprochement de ces deux doctrines[3152]. L'*ultra vires* modifiée est une adaptation de la théorie classique aux développements subséquents de la jurisprudence. Elle admet, sans aucune difficulté, le pouvoir créateur des juges. Certaines obligations pesant sur l'action administrative ne proviennent pas de la loi *stricto sensu* mais bien de la *common law.*

De son côté, la doctrine de la *common law* ne nie pas l'importance de la loi ni de l'intention du Parlement[3153]. Les différentes affaires déjà étudiées démontrent que, bien que sous une forme limitée, la souveraineté du Parlement reste le principe constitutionnel le plus important du droit

3152. Voir notamment les critiques du professeur Allan sur l'utilité du débat concernant l'*ultra vires*.
Voir également : FORSYTH (C.), « Heat and Light : A Plea for Reconciliation », pp. 393-409 in *Judicial Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit.*
3153. Nous excluons ici les tenants les plus radicaux souhaitant la remise en cause de la souveraineté du Parlement.

public anglais. Pour les autres, la grande majorité de la doctrine défendant une vision plus modérée, la loi n'est pas sans importance pour la *judicial review*. Une volonté claire du Parlement peut toujours écarter l'application de la *common law*. De même, la loi est la norme appliquée en priorité, faisant ainsi varier les obligations de la *common law*. Cette dernière est donc avant tout un complément à la loi.

La divergence qui persiste porte sur une autre question : les raisons de l'application des principes issus de la jurisprudence s'appliquent. À cette question, l'*ultra vires* modifiée répond par l'intention générale du Parlement ; pour les autres auteurs, il s'agit de la *common law*. Réduite à cela, l'opposition perd de son importance pratique, et reste ancrée dans un débat plus conceptuel que normatif.

Réduite à la portion congrue, l'opposition entre les deux fondements de la *judicial review* a perdu de sa vigueur dans les dernières années. En admettant le rôle joué par les juges, *via* la *common law*, les auteurs leur reconnaissent un rôle fondamental dans le contrôle de l'administration. Produisant du droit, ils en assurent également le respect. Il reste toutefois à déterminer ce qui constitue la source d'inspiration de la *common law*. Ici, c'est la notion de *rule of law* qui fait figure d'idéal vers lequel elle doit tendre. En s'en inspirant, les juges enracinent un peu plus la *judicial review* dans un contexte constitutionnel général, et en légitime l'importance. L'enrichissement de la *rule of law* par la reconnaissance de valeurs substantielles, notamment de la protection des droits, place les juges à égalité avec le Parlement. C'est ce qu'exprime l'idée de Stephen Sedley d'une souveraineté bipolaire. Toutefois, leur rôle respectif reste bien différent. Il en découle que la valorisation accrue de la *judicial review*, et de la *common law*, conduit à créer une forme de dialogue entre les institutions, entre « libéralisme et démocratie »[3154].

En rééquilibrant les relations, le droit administratif traduit également un nouvel office pour le juge. Celui-ci doit également adopter un nouvel état d'esprit. Nous en avons vu déjà plusieurs exemples : l'enrichissement de la hiérarchie des normes, notamment par la Convention européenne, mais également le développement du contrôle de l'excès de pouvoir et de *judicial review*, sont des traductions, mais aussi des vecteurs, de la protection des droits. Il faut toutefois aller plus loin et mettre en exergue la façon dont les juges ont su, eux-mêmes, reconnaître l'existence de droit, et les protéger.

3154. DYZENHAUS (D.), « Reuniting the Brain : The Democratic Basis of Judicial Review », *Public Law Review* 1998, pp. 98-110, p. 108.

Section II. Le renouvellement de l'objet du contrôle des juges : vers la protection des droits des individus

Le recentrage de l'ordre juridique, du droit administratif et des recours vers les individus trouve une concrétisation importante en jurisprudence. Il ne s'agit pas de s'intéresser au régime des recours, mais aux techniques utilisées par les juges pour garantir les droits des individus. À ce stade un double constat doit être opéré. Il reflète la double fonction des juges, vecteur et composant de l'État de droit et de la *rule of law.*

Tout d'abord, les individus n'ont de droits que ceux qui leur sont reconnus. En cela, que l'ordre juridique soit irrigué de théories positiviste ou justnaturaliste, ou encore d'une vision résiduelle de la liberté, comme en *common law*, le constat est le même : en se présentant devant le juge, le requérant invoque le respect d'un droit juridiquement protégé. Pour autant, cette affirmation n'est pas à elle seule satisfaisante. L'ordre juridique peut admettre diverses méthodes pour reconnaître un droit ; dit autrement, un droit peut découler de différentes sources dont l'autorité est admise par l'ordre juridique. Au sein du droit français comme du droit anglais, la jurisprudence peut avoir ce statut. Le pouvoir normatif des juges peut être débattu ; il doit certainement l'être afin d'en tester à chaque instant les limites et la légitimité. Néanmoins, il ne peut être totalement nié. Il est même nécessaire. En prise avec le caractère concret des affaires, le juge peut constater l'existence de carences dans l'ordre juridique. La promotion de la protection des individus justifie qu'ils puissent, dans ces situations, reconnaître que tel ou tel droit existe. Poussés par la nécessité, les juges cherchent à refléter mieux les attentes des individus, lorsqu'elles sont bien admises au sein de l'ordre juridique. Ils peuvent alors les consacrer et les garantir comme tout autre droit (I.).

À ce constat, s'en ajoute un second. Prévoir des droits, quelle qu'en soit la source, ne suffit pas ; c'est là une première étape nécessaire, mais non suffisante. Il faut également que les juges puissent les protéger efficacement. On retrouve ici le rôle des juges comme composant des concepts d'État de droit et de *rule of law.* Pour ce faire, un outil de contrôle en particulier est conçu comme permettant la protection des droits : le contrôle de proportionnalité. Nouvel enjeu de la jurisprudence anglais, son utilisation n'est pas sans créer des tensions et appelle à des réflexions en doctrine. Son extension des deux côtés de la Manche traduit la volonté jurisprudentielle d'améliorer l'efficacité des contrôles, jugés parfois encore défaillants (II.).

I. La reconnaissance et la garantie jurisprudentielles de nouveaux droits

L'inscription des recours au sein des concepts d'État de droit et de *rule of law* permet à la jurisprudence de s'inscrire comme un élément nécessaire de promotions de droits nouveaux. Les conceptions substantielles de ces deux théories font la promotion d'un certain idéal dans lequel l'individu serait protégé, et son autonomie garantie. Ils constituent en cela des sources d'inspiration pour le juge. Ce dernier, étant lui-même une « arme », va enrichir la panoplie des outils à disposition de l'individu. Dans cette optique, l'influence des théories libérales, au sens philosophique, a contribué à la promotion de valeurs dont le respect est apparu nécessaire. Sans créer formellement du droit, les juges se sont fait les catalyseurs des valeurs de la société, et les ont traduites juridiquement en jurisprudence, entretenant l'illusion d'une continuité dans l'ordre juridique (A.). Cette même exigence se retrouve au moment de garantir ces « nouveaux » droits : l'interprétation conforme de la volonté du législateur, et la soumission complète de l'administration à leur respect illustre la constance d'un juge respectueux du Parlement, mais censeur de l'action administrative (B.).

A. La jurisprudence, source de droits pour les individus

Des deux côtés de la Manche, la jurisprudence a entrepris le développement d'un ensemble de droits dont les individus pouvaient invoquer le respect. *A priori* justifiée, cette démarche n'en met pas moins sous tension le juge. En creux, la question de la légitimité de son pouvoir se pose, tout autant que celle de la méthode à employer pour « dégager » de nouveaux droits. Malgré ces difficultés, le juge administratif, *via* la théorie des « principes généraux du droit » (1) et le juge anglais, par l'émergence de « droits constitutionnels » (2.) apportent leur pièce à l'édification d'un ordre juridique plus libéral. Il ne faudra néanmoins pas conclure à la similarité de ces deux ensembles. Plus tardif, et grandement influencé par la Convention européenne, le mouvement en droit anglais s'apparente à une forme d'anticipation de l'adoption du *Human Rights Act*.

1. Les principes généraux du droit : la promotion d'une jurisprudence libérale du Conseil d'État

L'émergence de la catégorie des « principes généraux du droit » révèle un rôle particulier du juge[3155]. Ceux-ci se distinguent de la catégorie des principes fondamentaux. Ancrés dans le texte du préambule de 1946, ces derniers ne peuvent être considérés comme des « créations », à part entière, du juge. D'autant plus que le Conseil constitutionnel a posé des critères d'identification de ces principes. L'émergence de ces principes généraux dans la jurisprudence du Conseil d'État illustre sa volonté de protéger les individus en leur reconnaissant des droits opposables à l'action administrative. En effet, « la théorie des principes généraux, depuis ses origines, est […] « politiquement » déterminée en se positionnant délibérément et avant tout au service des administrés »[3156].

Benoit Jeanneau définit les principes généraux du droit comme étant des « *règles fondamentales non écrites dégagées par le juge de toute une tradition juridique et s'imposant aux autorités administratives* »[3157]. Outre qu'elle a le mérite de la clarté et de la concision, cette définition met en évidence les caractéristiques premières des principes généraux du droit. Nous verrons en premier lieu que ce sont des principes qui ont un caractère « fondamental » (a.), qu'ils sont non écrits et dégagés par le juge (b.), en se fondant sur la tradition juridique (c.). Ce dernier développement sera l'occasion de s'interroger sur le pouvoir normatif du juge.

a. Un caractère « fondamental »

C'est dans l'après Seconde Guerre mondiale que les principes généraux du droit vont surtout se développer. Leur étude démontre la volonté du juge administratif de créer des outils nécessaires de protection de l'individu. En cela, le Conseil d'État a participé à l'élaboration d'un ensemble de principes constituant un substrat libéral au droit français dans sa quête d'un régime garant de l'État de droit.

3155. Sur la définition même de cette expression voir : MODERNE (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, pp. 722-742, notamment pp. 723-726.
3156. CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, p. 661.
3157. JEANNEAU (B.), « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE* 1981-1982, pp. 33-47, p. 46 (C'est l'auteur qui souligne).

Le premier arrêt à utiliser l'expression même de « principes généraux du droit » date de 1945[3158]. Dans les années qui suivront, le Conseil d'État sanctionnera divers principes, sans nécessairement y faire référence explicitement. Ont été consacrés, avant la fin des années 1950 : le respect du principe de légalité, permettant d'ailleurs que le recours pour excès de pouvoir soit ouvert sans texte, et donc garantissant un droit au recours[3159] ; les droits de la défense[3160] ; le principe d'impartialité, applicable tant aux juridictions qu'aux organes administratifs, au titre desquels se trouvent les pouvoirs adjudicateurs[3161] ; le principe de non-rétroactivité des actes administratifs[3162] ; le principe d'égalité devant le service public[3163] ou devant les charges publiques[3164]. Aujourd'hui encore, le Conseil d'État a recours à cette catégorie. Il y a fait entrer, en 2006, le principe de sécurité juridique[3165]. De façon moins retentissante, il a aussi reconnu l'existence d'un principe général du droit obligeant l'administration à publier ses actes réglementaires[3166], ou à essayer de reclasser un agent public non titulaire disposant d'un contrat à durée indéterminée qui est remplacé dans son emploi par un fonctionnaire[3167]. L'attrait de la doctrine pour ces normes en démontre l'importance dans notre ordre juridique[3168]. Si une partie des auteurs semblent constater un déclin de

3158. CE, 26 octobre 1945, *Aramu*, rec. 213.
Pour une mise en évidence des racines plus anciennes de ces principes, notamment au XIXe siècle, voir : MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité,* thèse, Dalloz, Paris, 2003, 766 pages, pp. 96-101.
3159. CE, Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, rec. 110 ; GAJA 21e éd., n°57.
3160. CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu*, rec. 213.
Ils avaient déjà fait l'objet d'une protection juridictionnelle, l'année précédente, mais sans mention de la notion de « principes généraux du droit » : CE, Sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, rec. 133 ; GAJA 21e éd., n°51. Voir aussi : MORANGE (G.), « Le principe des droits de la défense devant l'Administration active », *Dalloz* 1956, pp. 123-126 ; ODENT (R.), « Les droits de la défense », *EDCE* 1953, pp. 55-65, notamment pp. 60-65 ; « De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas. Réflexions sur une évolution de jurisprudence », *EDCE* 1962, pp. 43-49, notamment pp. 44-47 ; LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, *op. cit.*, pp. 80-85 ; DANIC (O.), « 1913-2013 : les cent ans de l'arrêt Téry ou un siècle de droit de la défense », *RDP* 2014, pp. 3-37.
Voir *supra* sur la garantie de ces droits par le juge de l'excès de pouvoir : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, I, C.
3161. CE, 14 octobre 2015, *Société Applicam Région Nord-Pas-de-Calais*, rec. t. 540 : la participation active d'une personne dans l'attribution d'un marché à une entreprise constitue une violation du principe d'impartialité de la procédure lorsqu'il s'avère qu'elle a travaillé, dans un passé récent, pour cette même entreprise, et alors même que la personne en cause a eu un rôle ayant pu influencer le choix final.
Ce principe s'applique également aux autorités administratives indépendantes. Ainsi, le Conseil d'État a considéré que le fait que le rapporteur devant le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, chargé de l'examen de demandes de reconventionnement relatives à deux services de télévision, ait publiquement tenus des propos favorables au second projet et défavorables au premier, constitue une violation du devoir d'impartialité et constitue un vice affectant la délibération du Conseil : CE, 11 juillet 2012, *SARL Media Place Partners*, rec. t. 554.
3162. CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, rec. 289 ; GAJA 21e éd., n°56.
3163. CE, Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, rec. 151 ; GAJA 21e éd., n°60.
3164. CE, Ass., 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de chênes-lièges d'Algérie*, rec. 74.
3165. CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, rec. 15 ; GAJA 21e éd., n°106.
Voir pour une liste précise des principes ainsi reconnus : ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II, *op. cit.*, pp. 327-374.
3166. CE, 12 décembre 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*, rec. 506 ; *AJDA* 2004, p. 442-444, note H.M.
3167. CE, Sect., avis, 25 septembre 2013, *Sadlon*, rec. 233.
3168. Sur ces principes voir : JEANNEAU (B.), *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, thèse, Paris, Sirey, 1954, 287 pages ; MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit.*

ces principes, cette tendance est à relativiser[3169].

Certains des principes que nous venons de mentionner illustrent parfaitement le caractère « fondamental » des principes généraux du droit. Ils s'appliquent à tous et irriguent l'ensemble de la vie juridique et institutionnelle. Tel est le cas du principe de légalité ou de sécurité juridique. Cependant, ceux des plus récemment consacrés perdent, en partie, cette fondamentalité. Beaucoup plus sectoriels qu'auparavant, ils ont vocation à régir un domaine ou une catégorie de personnes en particulier. C'est ce que relevait le commissaire du Gouvernement Christine Maugüe dans ses conclusions sur l'affaire *Union nationale CGT des affaires sociales et autres*[3170]. La différence entre les « anciens » principes et les « nouveaux », reconnus à partie des années soixante-dix, résiderait dans le fait que ces derniers « sont plus spécialisés »[3171]. Franck Moderne note que deux domaines sont particulièrement concernés : le droit des étrangers et le droit des relations sociales[3172]. Concernant le premier domaine, l'auteur cite notamment les arrêts *Nkodia* et *Dakoury*, reconnaissant « le principe selon lequel un demandeur d'asile doit être autorisé à demeurer sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur sa requête »[3173] ; et l'arrêt *GISTI* de 1978 faisant émerger le principe général du droit de mener une vie familiale normale, droit reconnu y compris aux

---

Continuité et modernité, thèse, Dalloz, Paris, 2003, 766 pages.
DONNEDIEU de VABRES (J.), « La protection ds droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *EDCE* 1949, pp. 30-49 ; LETOURNEUR (M.), « Les « principes généraux du droit » dans la jurisprudence du Conseil d'État », *EDCE* 1951, pp. 19-31 ; ODENT (R.), « Les droits de la défense », *EDCE* 1953, pp. 55-65 ; « De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas. Réflexions sur une évolution de jurisprudence », *EDCE* 1962, pp. 43-49 ; RIVERO (J.), « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *Dalloz* 1953, pp. 21-24 ; « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », pp. 701-717 in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. II, LGDJ, Paris, 1974 ; MORANGE (G.), « Le principe des droits de la défense devant l'Administration active », *Dalloz* 1956, pp. 123-126 ; CHAPUS (R.), « De la soumission au droit des règlements autonomes », *Dalloz* 1960, pp. 119-126 ; ROCHE (J.), « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence. (À propos de la soumission au droit des règlements autonomes) », *AJDA* 1962, pp. 532-540 ; BRAIBANT (G.), « L'arrêt « Syndicat général des ingénieurs-conseils » et la théorie des principes généraux du droit », *EDCE* 1962, pp. 67-71 ; JEANNEAU (B.), « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE* 1981-1982, pp. 33-47 ; COSTA (J.-P.), « Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle », pp. 133-144 in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ-Montchrestien, Paris, 1988 ; MODERNE (F.), « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA* 1998, pp. 495-518 ; « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, pp. 723-742 ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 660-690 ; WACHSMANN (P.), « La jurisprudence administrative », pp. 563-598, notamment pp. 579-589 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.
3169. MODERNE (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 742 ; MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, *op. cit.*, pp. 476-498.
3170. CE, 9 octobre 1996, *Union nationale CGT des affaires sociales et autres*, rec. 383 ; *RDP* 1997, pp. 894-908.
3171. *ibid*., p. 896.
3172. MODERNE (F.), « Actualité des principes généraux du droit », *op. cit.*, notamment pp. 510-514.
Voir aussi : MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, *op. cit.*, pp. 348-380 et pp. 476-498 ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 681-690.
3173. *ibid*., p. 510 (CE, Ass., 13 décembre 1991, *Nkodia* et *Dakoury*, rec. 439 et 440).

étrangers[3174]. Concernant le domaine des relations sociales[3175], plusieurs exemples peuvent être donnés : l'interdiction de licencier une femme enceinte, étendue au secteur public par le recours à un principe général[3176] ; l'interdiction des rémunérations inférieures au salaire minimum[3177] ; l'obligation de rembourser les frais engagés par un salarié dans l'intérêt de son employeur dès lors qu'ils résultent d'une sujétion particulière[3178] ; le principe selon lequel le contrat de travail étant un accord de volonté, le refus du salarié de consentir à sa modification n'est pas une faute, même si cela le conduit à refuser une sanction disciplinaire ayant cet effet[3179] ; ou encore l'interdiction de licencier un salarié en se fondant sur son sexe ou sa situation familiale[3180]. Plus largement même, le Conseil d'État considère qu'il existe un principe général du droit en vertu duquel l'administration doit accorder sa protection à tout agent public mis en cause, du fait de ses fonctions, par un tiers, dans une affaire pénale, sauf si l'agent a commis une faute personnelle[3181]. Le caractère « fondamental » des principes généraux est-il, pour autant, remis en cause ?

La réponse nous paraît être négative. Tout au plus leur caractère général est-il affecté. Et encore, il faut nuancer cette appréciation. D'une part, nombre des nouveaux principes conservent une certaine « envergure », pour reprendre la terminologie de Jean Marc Maillot[3182]. D'autre part, même si certains principes sont plus sectoriels ou catégoriels que d'autres, ils n'en conservent pas moins un haut degré de généralité. Les deux catégories mentionnées des étrangers et des relations sociales en sont des exemples topiques. Le caractère fondamental des principes n'est pas diminué. Les principes généraux restent des principes structurants importants et ce, d'autant plus, qu'ils sont des vecteurs utiles de l'État de droit. On le voit à travers les exemples donnés, ils permettent la promotion des valeurs formelles et substantielles qui le sous-tendent. Celles-ci sont imposées, par le biais du recours pour excès de pouvoir, à l'administration. Ainsi, l'interdiction de la rétroactivité des actes administratifs, le principe de sécurité juridique ou encore l'obligation de publication des actes ont rapport à la prévisibilité du droit. Le juge administratif préserve ainsi l'autonomie de l'individu en lui permettant de connaître à l'avance les conséquences de ces actes. De même, les principes de légalité, d'égalité, de droit au recours ou le droit de mener une vie familiale normale, par exemple,

3174. CE, Ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, rec. 493, concl. Dondoux ; GAJA 21e éd., n°82.
3175. Voir aussi : VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.), *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, Paris, 1991, 280 pages, p. 88 ; DEBORD (F.), « Droit du travail dans le secteur public », *Revue de droit du travail* 2010, pp. 692-703.
3176. CE, Ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, rec. 406, concl. Grévisse.
3177. CE, Sect., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c. Mme Aragnou*, rec. 151, concl. Labetoulle.
3178. CE, 17 juin 2014, *Société Électricité Réseau Distribution France, société Gaz Réseau Distribution France et société Électricité de France*, rec. t. 504.
3179. CE, 3 juillet 2013, *Association des paralysés de France*, rec. t. 420.
3180. CE, 27 mars 2000, *Mme Brodbeck*, rec. 129.
3181. CE, 11 février 2015, *Ministre de la justice c. M.C*, rec. 60.
3182. *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, *op. cit.*, pp. 348-380.

garantissent une protection substantielle pour l'individu. Le principe d'égalité, par exemple, a permis au Conseil d'État d'annuler une circulaire ayant pour objet de rendre prioritaire l'évacuation des personnes Roms habitant dans des campements non autorisés, au motif que le ministre de l'Intérieur ne pouvait ainsi opérer une discrimination en fonction des origines éthniques[3183]. Certains autres principes sont plus transversaux, et concernent les deux catégories de valeurs : on pense ici au respect des droits de la défense. Ils peuvent conduire à obliger l'administration, et donc à promouvoir une protection sur le fond de l'individu ; toutefois, ses éléments sont procéduraux, et gravitent autour de l'idée de contradictoire, permettant la participation des individus à la prise de décision administrative.

Les principes généraux du droit constituent un outil particulièrement important de protection des individus. Bien que concurrencés par les normes constitutionnelles ou conventionnelles, dont le Conseil d'État fait un usage de plus en plus fréquent, ils sont un élément important dans l'étude de la protection des droits. Ils mettent en lumière la capacité du juge à se doter des outils nécessaires pour pallier les déficiences de l'ordre juridique. Pour reprendre le tire d'un article de Bruno Genevois, le juge administratif fait un « usage judicieux des principes généraux du droit »[3184]. La diminution de leur utilisation traduit uniquement l'amélioration globale du système juridique dans la garantie des droits.

b. Des règles non écrites, dégagées par le juge

Benoît Jeanneau caractérise aussi ces principes comme étant des règles non écrites, dégagées par le juge. Ces deux éléments sont liés. Les principes généraux du droit sont considérés comme non écrits, car ils découlent de la jurisprudence. Ce sont les juges qui les font émerger, qui les « dégagent ». De plus, ils n'ont pas besoin de textes pour être appliqués[3185]. Même si le juge ne fait pas toujours référence à cette caractéristique, elle est intrinsèque à la nature des principes généraux. En effet, si un texte existait et prévoyait l'application de tel ou tel principe, le juge n'aurait qu'à faire faire respecter ce texte. Cela conduit à mettre en évidence un autre élément, plus important, concernant ces principes : leur rôle est de pallier les carences présumées du législateur.

En effet, si le Conseil d'État a dégagé un ensemble de principes, plus ou moins généraux, s'imposant à l'administration, c'est qu'il ressentait qu'il y avait nécessité à le faire. Il n'est, à ce titre,

3183. CE, 7 avril 2011, *Association SOS Racisme – Touche pas à mon pote*, rec. 155.
3184. GENEVOIS (B.), « De l'usage judicieux des principes généraux du droit », *RFDA* 1998, pp. 499-507.
3185. RIVERO (J.), « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *op. cit.*, p. 22.

pas anodin que ce soit après la Seconde Guerre mondiale que la jurisprudence les ait véritablement fait émerger. Il apparaissait nécessaire de renforcer la protection des droits et libertés des individus. Incontestablement, « les membres du Conseil d'État avaient alors pris conscience de la nécessité d'affirmer plus explicitement les valeurs fondamentales sur lesquelles devait se reconstruire, moralement, le pays laminé par la guerre et ses dérives »[3186]. C'est exactement la vocation du premier principe général affirmé expressément, la protection des droits de la défense[3187]. Et le domaine ne trompe pas puisqu'il s'agissait d'une décision d'épuration visant un ancien commissaire de police. Le besoin de prévoir des garanties pour les individus, là où elles n'existent pas, ou sont trop faibles, y est particulièrement fort[3188]. Les principes généraux du droit constituent une source supplétive de droits.

Le juge les dégage pour répondre à une certaine nécessité. Celle-ci découle d'une appréciation faite par le juge de la situation qu'il a à régler. Il analyse, subjectivement[3189], une carence dans le système juridique : tel principe devrait s'appliquer, or aucun texte ne le prévoit expressément. Les principes généraux sont alors utilisés à cette fin. Ils remplissent ce que le juge administratif analyse comme étant un vide juridique. Le juge opère en deux temps. Il « constate » une carence dans le système juridique puis y pallie, *via* le recours à un principe général. Dès lors, le système juridique retrouve une certaine complétude. Si le législateur souhaite s'en écarter, il doit le faire expressément, car dans ce cas il ne fait pas que « remplir un vide », il écarte une véritable norme jurisprudentielle. L'arrêt *Bereciartua Echarri* constitue un exemple particulièrement clair de cette vision « utilitariste » des principes généraux du droit[3190]. Le Conseil d'État consacre l'interdiction d'extrader un réfugié politique vers son État d'origine au titre des principes généraux

3186. MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, *op. cit.*, p. 100.
LETOURNEUR (M.), « Les « principes généraux du droit » dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 22.
3187. CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu*, rec. 213.
3188. ODENT (R.), « Les droits de la défense », *EDCE* 1953, pp. 55-65, voir p. 61 : « la conjoncture fit affluer au Conseil et juger sous sa présidence [celle du Président Rouchon-Mazerat] les milliers de pourvois suscités par l'épuration ; or, si la plupart des textes sur l'épuration posèrent le principe du respect des droits de la défense, ils étaient exprimés avec une concision qui laissa au juge une grande latitude pour préciser les modalités pratiques dans selon lesquelles ce principe sera appliqué ».
3189. L'idée qu'il puisse y avoir des carences ou des vides dans un système juridique est en effet critiquable. Tout du moins, un tel problème pourrait être facilement résolu par le recours à la maxime libérale « tout ce qui n'est pas formellement défendu est permis » (WALINE (M.), « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », pp. 613-631, p. 618 in *La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, t. II, LGDJ, Paris, 1950 ; KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. Par C. Eisenmann, LGDJ/Bruylant, Paris/Bruxelles, 1962, ré-impression 1999, 367 pages, p. 245-246).
Pour Michel Troper, la « complétude » du système juridique est un dogme, qui peut d'ailleurs cacher le pouvoir discrétionnaire des juges : TROPER (M.), *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris, 2011, 294 pages, pp. 19-29.
Si le juge « décèle » une carence alors il peut la combler grâce à son pouvoir normatif : BELAID (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, Paris, 360 pages, pp. 310-315.
3190. CE, Ass., 1er avril 1988, *Bereciartua Echarri*, rec. 135.

du droit, alors même que l'article 33 de la Convention de Genève pouvait servir de fondement interdisant d' « expulser » ou de « refouler » un réfugié dont la vie serait menacée dans son pays d'origine. Suivant l'analyse éclairante de Bruno Genevois, si le Conseil d'État a opéré ainsi dans cet arrêt, c'est par nécessité : celle, en l'espèce, d'avoir la maîtrise sur la norme applicable[3191]. En effet, l'arrêt ayant été rendu en 1988, soit deux ans avant l'arrêt *GISTI* par lequel le juge administratif s'est reconnu le pouvoir d'interpréter les conventions internationales, le Conseil d'État aurait dû saisir le ministre des Affaires étrangères. Il n'était pas certain que les termes « refoulé » et « expulsé » puissent comprendre l'extradition. Afin d'éviter les incertitudes, le ministre pouvant être suspecté de donner un sens favorable à l'action de l'exécutif, le juge dégage un principe général du droit équivalant. Une telle utilisation des principes généraux n'est pas sans rappeler la pratique du juge anglais visant à développer la *common law* afin de l'imprégner de normes internationales autrement inapplicables. Les principes généraux et l'utilisation de la *common law* illustrent la capacité, et la volonté, des juges de chaque côté de la Manche de développer une jurisprudence adaptable aux exigences et influences externes. Elle leur permet de contourner les difficultés et obstacles à l'invocation de norme dont l'utilité apparaît importante.

c. Des principes issus de la tradition juridique : la question du pouvoir normatif du juge

Ces propos nous amènent à la dernière considération importante sur ces principes. Ils sont dégagés « par le juge de toute une tradition juridique ». Cette affirmation de Benoit Jeanneau renvoie à une thématique importante : celle du fondement de ces principes. Dit autrement, la question qui se pose est de savoir si les juges créent ces principes, ou s'ils les reconnaissent, les dégagent. C'est le pouvoir normatif des juges qui est en jeu[3192]. Dans le premier cas, le principe n'existerait pas et, par une décision du juge, il viendrait s'insérer dans l'ordre juridique. Il y aurait création par le juge. Dans le second cas, le principe serait présent, à l'état latent, dans l'ordre juridique, mais manquerait d'une formulation claire et générale. C'est à ce stade que le juge interviendrait. Rien ne serait alors véritablement créé. Le juge ne ferait que révéler un principe déjà

3191. GENEVOIS (B.), « De l'usage judicieux des principes généraux du droit », *op. cit*.
3192. DUPEYROUX (O.), « La Jurisprudence, source abusive de droit », pp. 349-377 in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz & Sirey, Paris, 1960 ; De BECHILLON (D.), « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », pp. 29-34 *in Libres propos sur les sources du droit*, *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, Paris, 2006 ; CANIVET (G.), « Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale », pp. 7-32 in *La création du droit par le juge*, Archives de Philosophie du droit, Dalloz, Paris, 2007.
Dans ce dernier ouvrage, voir : PUIGELIER (C.), « Temps et création jurisprudentielle », pp. 89-145 notamment pp. 136-138 (sur les principes généraux du droit devant la Cour de cassation) ; TERRE (F.), « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », pp. 305-311.

existant. Après avoir exposé ces deux idées (*α.*), nous verrons que les principes généraux révèlent un pouvoir de création du juge (*β.*), pouvoir qui n'est pour autant par arbitraire (*γ.*).

α. Les oppositions sur la question du pouvoir normatif de la jurisprudence

En défense de la première conception, il est possible d'invoquer l'autorité de René Chapus. En 1960, il parlait des « normes – principes généraux du droit ou autres règles – [que le juge] édicte dans l'exercice de son pouvoir normatif »[3193]. Le Conseil d'État fait « œuvre normatrice »[3194]. De même, mais avec un certain regret, Stéphane Rials relève, après des développements sur l'évolution des principes généraux, que « bien loin de décliner en quantité, on le voit, le pouvoir normatif du juge prolifère parfois d'une façon anarchique »[3195]. Ce pouvoir révèle ainsi « le juge, dans son rôle *quasi législatif*, dans son rôle spécifiquement normatif »[3196]. Pour Rivero, « se croyant serviteur des principes », le Conseil d'État « en est, en fait le créateur »[3197]. S'inspirant de divers principes philosophiques, du droit privé, mais aussi des idées de nécessité et d'équité, le Conseil d'État forge une certaine « conception de l'homme et du monde », dont « la seule volonté du juge en fait une éthique en quelque sorte officielle »[3198]. Pour Etienne Picard, le juge administratif crée, mais sans le dire. L'histoire et la tradition juridique française l'obligent à cacher ce pouvoir, et à le rattacher, fictivement à un texte. Bien que découlant *a priori* de ce dernier, le principe est en fait créé[3199]. Enfin, Raymond Odent consent à admettre que l'attribution d'un pouvoir normatif aux juges puisse être considérée comme un fait « surprenant »[3200]. Mais, pour l'ancien membre du Conseil d'État, « cette anomalie apparente est inévitable » puisque la jurisprudence doit « interpréter les lois obscures et suppléer au silence ou à l'insuffisance des textes »[3201]. Or, « pour ce faire, le juge peut dégager des principes généraux du droit »[3202].

3193. CHAPUS (R.), « De la soumission au droit des règlements autonomes », *op. cit.*, p. 124.
3194. *ibid*.
De même, pour Bruno Genevois, « il ne fait aucun doute à nos yeux que la théorie des principes généraux du droit est une illustration parmi d'autres du pouvoir normatif dans la jurisprudence » : GENEVOIS (B.), « De l'usage judicieux des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 503.
3195. RIALS (S.), « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA* 1981, pp. 115-118, p. 118.
3196. *idem*.
3197. RIVERO (J.), « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *op. cit.*, p. 22.
3198. *idem*.
3199. PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », voir p. 18-19 et pp. 34-37 in *Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?*, *AJDA* num. spé., juillet 1998 : pour l'auteur, en sanctionnant un principe général du droit, les juges « ne démontrent pas, par une interprétation de type logico-déductive, que la loi, que le droit en général leur imposent de juger en ce sens : ils se contentent de dire le droit en ses principes, tels qu'ils les comprennent. À cet égard, ils autofondent leur propre décision » (p. 35).
3200. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 33.
3201. *idem*.
3202. *idem*.

Mais certains auteurs, partant d'un constat similaire, en font la critique. Pour Olivier Dupeyroux, ceux des auteurs qui nient la capacité du juge à créer des règles jurisprudentielles « témoignent de la sorte d'un irréalisme remarquable »[3203]. Il admet même que, par ce pouvoir, les juges participent à la fonction législative puisqu'ils posent des règles similaires à celles adoptées par le législateur[3204]. Mais, à la suite de ces affirmations, l'auteur dénonce un empiétement des juges sur le pouvoir législatif. Les principes généraux en seraient une manifestation claire. Ils seraient le résultat « brutal de l'autorité pratiquement super-législative reconnue à quelque grand principe général, en apparence constaté, en fait dans une large mesure élaboré par le juge lui-même »[3205].

Les tenants de la seconde vision vont réduire l'importance, voire même nier, tout pouvoir créateur à la jurisprudence. Tel est le cas de Benoît Jeanneau dans son étude[3206]. Rappelons qu'en conclusion, il relève que le juge dégage les principes généraux. On perçoit alors que, pour l'auteur, il ne les crée pas. Il ressort de la jurisprudence « que le Conseil d'État s'appuie sur le droit positif considéré dans ses expressions les plus diverses et sa continuité historique pour en déduire les principes essentiels », et cela « lui permet d'affirmer qu'il ne les crée pas, mais qu'il les dégage de toute une tradition juridique ou de l'esprit des institutions »[3207]. De même, dans sa thèse, l'auteur pose ce constat : « le juge ne crée pas les principes généraux « *ex nihilo* », mais son rôle ne se réduit pas davantage à une pure constatation »[3208]. Selon Didier Linotte, les principes généraux du droit ne sont pas des créations du juge administratif. En effet, si le juge a bien le pouvoir de « *créer ou inventer les principes* » régissant l'activité administrative, et ce « *en l'absence de norme applicable* », cela ne concerne pas les principes généraux du droit[3209]. À leur propos, l'auteur affirme que « la jurisprudence a su *dégager des normes supérieures* – les principes généraux du droit » dans le but de « préserver les administrés des pratiques ou des textes administratifs contraires aux valeurs de notre système juridique, politique et social »[3210].

La critique la plus forte vient certainement du professeur Roche. Dans un article remettant en cause les idées de René Chapus, il explique que ces principes « se déduisent des textes au prix de

3203. DUPEYROUX (O.), « La Jurisprudence, source abusive de droit », pp. 349-377, p. 357 in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz & Sirey, Paris, 1960.
3204. *ibid*., pp. 358-366.
3205. *ibid*., p. 371.
3206. JEANNEAU (B.), « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *op. cit.*
3207. *ibid*., p. 43.
3208. JEANNEAU (B.), *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954, 287 pages, p. 123.
Voir également la note de Georges Vedel : CE, Ass., *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie et autres*, rec. 210 ; note dans *Dalloz* 1952, n°7138.
3209. LINOTTE (D.), « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA* 1980, pp. 632-639, p. 632 (C'est l'auteur qui souligne).
3210. *idem*. (C'est l'auteur qui souligne).

raisonnement plus ou moins laborieux »[3211]. Il faut alors les rechercher « au cœur même de l'ensemble complexe que tissent les multiples règles de droit »[3212]. Réfutant de façon générale tout pouvoir normatif de la jurisprudence, l'auteur conclut en particulier que « si l'on admet, comme nous l'avons proposé, que les principes généraux du droit peuvent être tirés des textes, il n'y a pas plus de raison de reconnaître au juge un pouvoir créateur dans ce cas que lorsqu'il statue sur la légalité d'un acte par référence à un texte quelconque dont l'imprécision laisse une marge part à sa libre interprétation »[3213]. Or, nous l'avons vu, l'interprétation appelle nécessairement à un raisonnement différent.

β. Un pouvoir normatif indéniable

Que faut-il en conclure ? La position de la doctrine n'est pas aussi manichéenne que notre présentation pourrait le suggérer. D'une part, il est admis que jamais le juge ne crée pas de principe *ex nihilo*[3214]. D'autre part, même un pourfendeur du pouvoir normatif du juge tel que le professeur Roche précise que les principes généraux « ne sont pas tous inscrits « noir sur blanc » dans des textes déterminés »[3215]. Mais, l'idée qu'il défend d'une « déduction » à partir des textes est quelque peu illusoire. On peut, en effet, se demander quelle quantité de textes faut-il pour que le juge puisse en déduire un principe.

Si quelques-uns suffisent, n'y a-t-il pas là un pouvoir créateur du juge, qui se traduit par une extension opportune d'un principe dans des cas pour lesquels il n'était pas prévu ? L'extension est une forme de création. Certes, si l'on prend un point de vue général, le principe n'est toujours pas créé *ex nihilo*, puisque des textes le sanctionnent. Mais, prenons un point de vue plus catégoriel. L'exemple de l'affaire *Dame Peynet* est révélateur[3216]. Il étend l'interdiction de licenciement des

3211. ROCHE (J.), « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence (à propos de la soumission au droit des règlements autonomes) », *AJDA* 1962, pp. 532-540, p. 536.
3212. *idem*.
3213. *ibid*., pp. 537-538.
3214. Dans ses conclusions sur l'affaire *Debout* (CE, Sect., 27 octobre 1978, rec. 395), Daniel Labetoulle souligne que le droit français comporte de nombreux textes interdisant expressément la publicité des audiences des juridictions disciplinaires. Le commissaire du Gouvernement en conclut que « dès lors et puisque l'affirmation d'un nouveau principe général du droit est moins la création *ex nihilo* d'une règle vraiment nouvelle que la reconnaissance et la consécration d'une norme jusqu'alors inexprimée mais néanmoins sous-jacente, il paraît difficile d'admettre que la publicité des audiences des juridictions disciplinaires soit imposée par un principe général du droit » (rec. 399).
Voir aussi la note adressée par deux membres du Conseil d'État au Président de la Section du Contentieux, à propos de la question de la modulation dans le temps des effets des décisions d'annulation. À propos des principes généraux du droit, ils relèvent que « dans la pureté du système juridique français, le juge n'est que l'interprète de la loi », avant de préciser : « les arrêts de règlement lui sont interdits. Dégage-t-il l'existence d'un principe général du droit que ce principe est censé résulter de l'état du droit antérieur et préexister à la décision juridictionnelle qui en a marqué non la naissance mais la reconnaissance » (*RFDA* 2004, pp. 438-452, p. 445).
3215. *ibid*., p. 536.
3216. CE, Ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, rec. 406, concl. Grévisse.

femmes enceintes, prévue dans le code du travail, aux agents publics, par le biais de la technique « des principes dont s'inspire »[3217]. On peut aisément soutenir que cette décision crée un principe : celui de l'interdiction pour les agents publics d'être licenciés du fait de leur état de grossesse. D'un point de vue général il n'y a pas création, puisque le principe existait ailleurs dans le système juridique ; d'un point de vue plus sectoriel (le contentieux des agents publics), il y a bien création, par extension. Cette généralisation se fait par nécessité, puisque le principe « découle non pas seulement du texte, mais notamment d'un contexte qui l'entoure, l'englobe et le surpasse »[3218]. C'est ce contexte qui rend utile et possible l'extension du principe inscrit dans le texte.

En revanche, s'il est nécessaire que le principe découle d'un grand nombre de textes, en déduire un principe général ne reviendrait-il pas à faire ce que les autorités qui détiennent un pouvoir normatif, n'ont pas fait ? Car, si le juge déduit un principe c'est qu'il en a l'utilité. Il lui est nécessaire pour trancher un litige. Si malgré la multitude des textes existants, certains domaines restent à l'écart du principe sanctionné, n'est-ce pas que cela résulte de la volonté des autorités compétentes ? En conséquence, dans ce contexte, en étendant l'application de ce principe, le juge usurpe le pouvoir normatif de ces autorités. Il cherche à combler ce qu'il considère comme une carence, alors qu'elle pourrait être en fait inexistante, voire même voulue.

γ. Un pouvoir non-arbitraire

Il semble bien qu'il faille voir dans la qualification d'un principe comme étant un principe général du droit, l'expression d'un pouvoir de création. Ce pouvoir n'est pour autant par arbitraire. Nous l'avons dit, aucun auteur ne soutient que ce pouvoir s'exprime *ex nihilo*. Plus encore, le Conseil d'État, réfutant toute création, met sans cesse en avant les fondements divers sur lesquels reposent les principes dégagés. À ce titre, on peut dire que si le Conseil d'État créé des principes, c'est en s'inspirant de données objectives, non de ses propres valeurs[3219]. En cela, pour le doyen Vedel la création de ces principes « est découverte plus qu'invention » puisqu'elle n'est que « la mise en forme d'exigences implicites d'un milieu juridique donné »[3220]. Dans sa thèse, Jean-Marc Maillot, s'appuyant sur le travail de Benoît Jeanneau[3221], identifie deux sources pour ces principes : ils

3217. Sur le recours aux principes généraux afin de faire appliquer des normes issues du droit privé dans le contentieux administratif : LE ROY (M.), *L'extension du bloc de légalité administrative*, thèse soutenue en 2007, 519 pages, pp. 103-116.
3218. PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », voir p. 18 in *Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?*, *AJDA* num. spé., juillet 1998.
3219. PICARD (E.), *ibid.*, p. 37.
3220. Note sous l'arrêt *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie et autres* (CE, Ass., 4 avril 1952, rec. 210 ; *Dalloz* 1952, n°7138).
3221. JENNEAU (B.), *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, pp. 123-141.

peuvent être issus de textes ou bien en être indépendants.

Dans le premier cas, le juge va s'appuyer, explicitement ou non, sur des sources textuelles, telle qu'une norme constitutionnelle, internationale, européenne ou législative[3222]. Il n'est d'ailleurs par rare que les principes généraux en découlant recoupent d'autres principes, notamment ceux ressortant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel[3223]. Le principe dégagé par le juge administratif s'inspire du texte et en retranscrit les éléments en jurisprudence, afin d'en imposer le respect à l'administration[3224].

Il est des cas dans lesquels, lorsque la Convention européenne trouve à s'appliquer, le Conseil d'État restreint l'utilisation des principes généraux[3225]. Le texte se substitue alors au principe. Ainsi, depuis l'affaire *Beldjoudi* le droit à une vie familiale normale pour les étrangers est protégé par le biais de l'article 8[3226] ; de même, si la jurisprudence n'a jamais mis en exergue de principe général de publicité des débats devant les juridictions administratives, « la question a perdu tout intérêt pratique » depuis la jurisprudence *Maubleu* par laquelle le Conseil d'État applique l'article 6-1 aux juridictions administratives, et notamment ordinales[3227].

3222. Dans la première catégorie, il est possible de ranger les arrêts *GISTI* (CE, Ass., 8 décembre 1978, rec. 493 ; GAJA 21e éd., n°82) ou encore *Syndicat général des ingénieurs-conseils* (CE, Sect., 26 juin 1959, rec. 394 ; GAJA 21e éd., n°71).
La deuxième catégorie peut être illustrée par l'arrêt *KPMG* (CE, Ass., 24 mars 2006, *KPMG et Société Ernst & Young et autres*, rec. 154 ; *RFDA* 2006, pp. 463-482, concl. Y. Aguila ; GAJA 21e éd., n°106). Même si l'idée existait déjà en droit interne, *via* le principe général de non-rétroactivité des actes administratifs, le principe de sécurité juridique reçoit ses premières formulations et applications explicites par le truchement du droit communautaire (pour un exemple : 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, rec. 624). Voir aussi : MAILLOT (J.-M.), *op. cit.*, pp. 240-270.
Quant à la troisième, l'arrêt *Bereciartua Echarri* constitue un bon exemple.
Enfin, la dernière catégorie comprend, par exemple, l'arrêt *Dame Peynet* (CE, Ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, rec. 406, concl. Grévisse), ou encore l'arrêt *Aramu* qui étend le bénéfice de divers lois protégeant les droits de la défense (CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu*, rec. 213).
Voir : ODENT (R.), « Les droits de la défense », *EDCE* 1953, pp. 55-65 ; « De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas. Réflexions sur une évolution de jurisprudence », *EDCE* 1962, pp. 43-49.
3223. COSTA (J.-P.), « Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle », pp. 133-144 in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ-Montchrestien, Paris, 1988 ; MODERNE (F.), « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA* 1998, pp. 495-518.
3224. En revanche, en dégageant en 1978 dans son arrêt *GISTI* le principe du droit de mener une vie familiale normale, applicable aux étrangers, le Conseil d'État n'a pas procédé, comme cela a pu être affirmé, à la « francisation » des exigences découlant de la Convention européenne, notamment de l'article 8 (VANDENDRIESSCHE (X.), « L'entrée et le séjour des étrangers », pp. 73-101 in *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, sous la dir. de B. Lukaszewic et H. Oberdorff, *op. cit.*). La lecture des conclusions du commissaire du Gouvernement Dondoux ne laisse pas apparaître une telle influence. La Convention européenne n'est nullement mentionnée, alors qu'il est fait référence à une multitude de sources : le préambule de la Constitution de 1946, la pratique, « depuis 15 ans », des conventions internationales protégeant le droit à une vie familiale normale (la précision temporelle exclut, *a priori*, la Convention européenne), ainsi que la législation interne (CE, Ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, rec. 493, voir p. 500).
3225. MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, *op. cit.*, pp. 227-240.
3226. CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, rec. 18.
3227. GAZIER (F.), « Procédure administrative contentieuse (principes généraux de la) », *Répertoire du contentieux administratif*, n°133.
CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, rec. 34, concl. Sanson.

Toutefois, la substitution ne s'applique pas toujours : ainsi si ce même article est appliqué aux autorités administratives, les obligeant ainsi à respecter le principe d'impartialité, le juge précise qu'il est uniquement « rappelé » par l'article 6-1[3228]. Cela signifie qu'il peut être invoqué, indépendamment de la Convention européenne. La préservation d'une forme d'autonomie permet d'incorporer une forme de souplesse, tant dans le sens à lui donner que dans son champ d'application. Le Conseil d'État a ainsi pu obliger l'Autorité de la Concurrence à respecter le principe d'impartialité dans l'utilisation de pouvoirs n'entrent pas dans le champ de l'article 6-1[3229] ; tout comme un pouvoir adjudicateur dans le choix de l'entreprise qui exécutera le marché[3230]. De même, il a pu considérer que s'applique le principe général du droit d'unité de la famille, découlant notamment des stipulations de la convention de Genève, et donnant droit au conjoint marié étranger d'une personne venant d'acquérir le statut de réfugié, ainsi qu'à leurs enfants, de jouir également de ce statut[3231].

Dans le second cas, les principes vont être tirés d'une certaine nécessité inhérente aux institutions. Tel est le cas de la « continuité et la régularité des services publics », dont Raymond Odent affirme qu'il « semble avoir été le premier de ceux que la jurisprudence a dégagés »[3232]. L'auteur y inclut diverses expressions de ce principe comme la théorie de l'exécution d'office[3233] ou encore l'impossibilité de faire valoir des voies d'exécution contre l'État[3234]. Les principes généraux peuvent aussi découler de certaines valeurs communes, faisant ainsi référence au « juste à l'état pur » et permettant de les rattacher « à la tradition libérale de la façon la plus étroite », selon Rivero[3235]. L'arrêt *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables* est

3228. CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, rec. 399 ; GAJA 21e éd., n°97.
Voir : MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, *op. cit.*, pp. 252-270.
3229. CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi, Société Numéricable et Société Parabole Réunion*, rec. 447 ; *AJDA* 2013, pp. 215-227, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *RFDA* 2013, pp. 55-101 concl. Daumas : en se prononçant sur une opération de concentration, elle exerce un pouvoir de police ne relevant pas de l'article 6§1 (point 20 de l'arrêt). En revanche, lorsqu'elle prend une sanction, cet article est invocable et s'applique à la procédure de décision (arrêt *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi, Société Numéricable et Société Parabole Réunion*, du même jour).
De même concernant l'Autorité des marchés financiers, la jurisprudence administrative impose le respect de certaines formes et procédures dans la prise de décision en dehors des cas d'application de l'article 6. Ces exigences se révèlent toutefois plus faibles : COSTA (D.), « L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », *RFDA* 2005, pp. 1174-1182.
3230. CE, 14 octobre 2015, *Société Applicam Région Nord-Pas-de-Calais*, rec. t. 540.
3231. CE, Ass., 2 décembre 1994, *Mme Gayepong*, rec. 523.
3232. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, *op. cit.*, t. II, pp. 332-337.
3233. TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière Saint-Just*, rec. 713 ; GAJA 21e éd., n°10.
3234. L'auteur cite deux avis du Conseil d'État, rendus les 12 août 1807 et 26 mai 1813.
3235. RIVERO (J.), « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *op. cit.*, p. 22 ; *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 1ere éd., 1960, ré-édition 2011, 550 pages, pp. 63-64 ; MAILLOT (J.-M.), *ibid.*, pp. 381-414.
Franck Moderne fait de ces principes des « porteurs de valeurs éthiques » (« Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 740).
Voir aussi : LATOURNERIE (R.), « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », pp. 177-275,

souvent pris en exemple[3236]. Le Conseil d'État rappelle que les pouvoirs octroyés aux autorités de l'ordre des experts-comptables « trouvent une limite dans les libertés individuelles qui appartiennent aux membres de l'ordre comme à la généralité des citoyens ». C'est le principe du respect des libertés professionnelles, et notamment à la liberté d'opinion, que garantit ici le juge. De même, Raymond Odent soutient que « les principes généraux du droit représentent l'expression en langage juridique de conceptions jadis communément admises […] en matière philosophique, morale, sociologique et économique »[3237]. Jean-Marc Maillot range notamment dans cette catégorie le principe d'égalité devant les charges publiques[3238] ou encore l'obligation pour le médecin de respecter les principes déontologiques fondamentaux[3239].

La méthode d'identification des principes généraux confirme qu'il s'agit toujours de droits « fondamentaux » qui sont consacrés. La fondamentalité est consubstantielle à la nature de ces principes[3240]. S'ils peuvent aujourd'hui apparaître plus précis, ou sectoriels, cela ne remet pas en question cette qualité. Le besoin ressenti de protéger les droits et libertés s'est déplacé. Il ne s'agit plus aujourd'hui de mettre en place un régime démocratique, libéral et respectueux de l'individu ; d'un point de vue général, ce régime existe en France. La nécessité découle, pour l'individu, de ses relations avec des acteurs, face auxquels il n'est pas nécessairement bien protégé[3241]. La focale n'est plus sur le citoyen face au pouvoir, mais de l'agent face à son employeur, de l'immigré face au préfet ou du malade face aux organismes sociaux. Cette sectorialisation ne marque pas une dégradation des principes généraux. Au contraire, elle dénote l'efficacité de la protection des citoyens, mais également le besoin que celui-ci soit protégé dans d'autres aspects de sa vie. Les valeurs de protection de l'Homme ne sont pas abandonnées, mais renforcées à un niveau inférieur, plus concret, mais aussi plus évolutif[3242]. C'est ce qui est ressenti comme « fondamental » par la société

notamment pp. 201-225 in *Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent-cinquantième anniversaire*, Recueil Sirey, Paris, 1952. L'auteur met en évidence qu'il existe deux sources pour les principes généraux du droit : les textes et les données concrètes. Ces dernières sont constituées notamment des données historiques, sociales et économiques d'un pays (voir sur cette notion : pp. 184-192).

3236. CE, Ass., 29 juillet 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptable*s *brevetés par l'État*, rec. 492 ; *Droit social* 1950, p. 391.

3237. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 329.

Dans un sens similaire voir : LOSCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, thèse, LGDJ, Paris, 1972, 349 pages, pp. 102-103 : pour l'auteur, les principes généraux permettent le lien entre l'ordre juridique et l'ordre social et économique.

3238. CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, rec. 789 ; GAJA 21e éd., n° 38.

Voir : MAILLOT (J.-M.), *ibid.*, p. 388.

3239. CE, Ass., 2 juillet 1993, Milhaud, rec. 194.

Voir : MAILLOT (J.-M.), *ibid.*, pp. 400-401.

3240. PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », voir pp. 16-17 in *Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?*, *AJDA* num. spé., juillet 1998.

3241. En cela, l'équité influe sur la perception du juge : CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 685-690.

3242. Cet argument est utilisé par Daniel Labetoulle dans ses conclusions pour nier l'existence d'un principe général du

qui évolue, entraînant une adaptation de la jurisprudence, et permettant de consacrer certains droits créances[3243].

Que le principe s'appuie sur des textes ou sur des valeurs, le rôle du juge n'est pas le même. La part de liberté et de création variera. Si le principe ressort clairement des textes, alors le juge ne fera que créer par l'extension du principe : c'est le cas des arrêts *Dame Peynet* ou encore *Bereciartua Echarri*. En revanche, si le juge déduit un principe de différents textes, sa liberté est plus forte, car il doit formuler et appliquer un principe présent seulement à l'état latent. Enfin, le juge voit sa liberté encore accrue lorsqu'il traduit, en termes juridiques, des valeurs ou nécessités qu'ils décèlent dans la société. Il se fait alors l'interprète de ces éléments, jouant le rôle de vecteurs de certains dogmes, comme les idéaux libéraux[3244]. Les principes généraux constituent ainsi un outil du juge, utilisé dans un but de cohérence de notre système juridique, basé sur le libéralisme philosophique et politique[3245].

2. La *common law* : source de « droits constitutionnels »

L'attrait de la doctrine pour la *common law* est ambivalent. Un paradoxe émerge lorsque les auteurs s'intéressent à la protection des droits par son biais. Dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, le constat paraît être sans appel : le Royaume-Uni souffre d'une protection insuffisante des droits. À ce titre, la *common law* n'échappe pas à la critique : les juges opèrent un contrôle trop faible, et trop peu protecteur des droits. Pourtant, tout l'idéal de la *common law* est fondé sur l'image d'un droit jurisprudentiel libéral, dont le juge Coke apparaît être le meilleur représentant. Mais, le XVIIe siècle semble loin. Depuis, le Parlement, légitimé par la mise en place d'un régime démocratique, a accru les pouvoirs de l'administration ; celle-ci en use de plus en plus. La *common law* semble en retard sur ces évolutions, et si Dicey la considère encore comme le meilleur moyen

droit instituant un salaire minimum pour les agents publics (CE, Sect., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c. Mme Aragnou*, rec. 151, concl. Labetoulle). Il ne sera pas suivi en l'espèce par le juge qui consacre un tel principe.

3243. Le droit à un salaire minimum en est un exemple.
De même, est un principe général l'obligation de chercher à reclasser un salarié déclaré inapte physiquement à ses fonctions : CE, 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, rec. 319.

3244. La situation est parfaitement résumée par Patrick Wachsmann : « on peut dire que les principes généraux du droit qu'ils expriment l'image que se fait le juge administratif de l'ordre juridique français : cette image postule le respect de principes sans la consécration desquels cet ordre ne pourrait être dit libéral. L'aspect créateur du recours aux principes généraux du droit s'en trouve relativisé : c'est d'une conception globale de l'ordre juridique que procèdent les principes généraux du droit, d'une interprétation qui ne porterait pas sur un texte, mais sur un ensemble de textes dont la cohérence doit être sauvegardée, à la lumière de l'évolution du système tout entier » (WACHSMANN (P.), « La jurisprudence administrative », pp. 563-598, p. 580 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit.*).

3245. MODERNE (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, pp. 726-734 : l'auteur met en évidence que la légitimité de ces principes découle de leur fonction et de l'organe qui les édicte.

de protection des droits à la fin du XIXe siècle déjà le début du XXe siècle semble remettre petit à petit cet idéal en cause. Si elle paraissait pouvoir garantir la sûreté, les droits individuels faisaient office de parent pauvre de la protection juridictionnelle[3246]. L'arrivée au pouvoir de Margaret Thatcher marque une rupture encore plus nette : les lois portant atteinte aux libertés se multiplient, en même temps que s'accroissent drastiquement les pouvoirs de l'administration[3247]. Le point d'orgue de ce phénomène de recul est illustré par l'affaire *Malone*[3248]. Le juge Megarry V-C refusa de reconnaître un droit à la protection de la vie privée en *common law*, même après qu'a été invoqué l'article 8 de la Convention européenne par le requérant, ouvrant la porte à la déclaration de la légalité des écoutes téléphoniques décidées par les autorités de police, sans autorisation judiciaire. De même, en 1977, dans l'affaire *Hosenball*, les juges ont admis qu'une décision d'expulsion d'un journaliste américain, dont le permis de séjour avait expiré, était légale, et ce, même s'il n'avait pas été informé auparavant que le Secrétaire d'État envisageait cette solution[3249]. Les juges acceptent que la décision, basée sur un motif de sécurité nationale, puisse ne pas être soumise au respect des règles de *natural justice*. Toutefois, la mise en avant de la *common law* par une partie de la doctrine se veut être davantage un appel à son développement, qu'un constat de son efficacité. Souple et malléable entre les mains du juge, elle constitue le meilleur rempart, dans le futur, contre l'accroissement des pouvoirs discrétionnaires de l'administration. Sur ce point, la doctrine sera entendue. Les juges vont de plus en plus s'appuyer sur elle, et la développer afin d'améliorer le contrôle de l'administration. Les années quatre-vingt-dix seront un tournant. À ce moment, la jurisprudence semble avant tout concernée par le besoin de s'aligner sur la Convention européenne, image de référence dans la protection des droits (a.). Aujourd'hui, alors que les contestations politiques font craindre une remise en cause du *Human Rights Act*, la *common law* s'autonomise de plus en plus de la source européenne, pour marcher de son propre mouvement (b.).

3246. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit*., p. 185 ; Lord Browne-Wilkinson, « The infiltration of a Bill of Rights », *PL* 1992, pp. 397-410 ; BELL (J.), « Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'État de droit », voir pp. 22-24 in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit.* ; O'CINNEIDE (C.), « Human Rights and The UK Constitution », voir pp. 69-75 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.
Toutefois, pour une critique de cette vision relativement négative : ALLAN (T.R.S), « Constitutional Right and Common Law », *OJLS* 1991, pp. 453-480. Cependant, les exemples pris par l'auteur portent sur des affaires jugées, pour la très grande majorité, dans les années quatre-vingt. À ce moment, les juges ont pris conscience des carences de la *common law* et l'ont développé en conséquence. L'article illustre parfaitement ce mouvement, qui constitue une réaction à un problème, plutôt qu'une image fidèle de ce qu'est, par nature, la *common law.*
3247. FENWICK (H.), *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, *op. cit.*, pp. 105-108 et pp. 133-135.
3248. *Malone v. Metropolitan Police Commisioner* [1979] Ch. 344.
3249. *R. v. Secretary of State for the Home department, ex p. Hosenball* [1977] 1 WLR 766.

a. La *common law*, reflet de la Convention européenne avant 2000

L'influence de la Convention européenne avant 2000, date d'entrée en vigueur du *Human Rights Act*, est quelque peu difficile à mesurer. Comme instrument d'interprétation des lois, son rôle a été assez faible puisque les juges refusaient de l'utiliser lorsqu'était en cause un pouvoir administratif discrétionnaire.

En revanche, même avant le *Human Rights Act* de 1998, elle s'est révélée être une aide précieuse dans la protection des droits. D'une part, *via* les exigences issues du droit de l'Union, elle a pu produire certains effets en droit interne. Ainsi, la Cour de Justice a permis d'accorder le droit de l'Union avec les exigences de la Convention européenne, dont les effets ont ensuite irrigué le droit interne[3250]. Les cours anglaises doivent ainsi veiller à ce que l'exécution des obligations provenant de l'Union se fasse dans le respect des exigences de la Convention européenne. D'autre part, cette dernière a eu une influence plus directe, par son impact sur développement de la *common law*. Il ne s'agit plus ici de principes d'interprétation, mais d'un enrichissement de sa substance[3251]. Les juges ont à plusieurs reprises affirmé qu'il existait une équivalence entre les droits contenus dans la Convention et ceux protégés par les juges au titre de la *common law*. Cette utilisation a deux avantages : d'une part, elle légitime la *common law*, comme source de droits ; d'autre part, elle permet de la développer afin de l'améliorer pour protéger les individus. Le rôle joué par les juristes anglais dans la rédaction de la Convention européenne a indéniablement permis d'accroître son incidence. Cette proximité a rendu plus aisées les références à la Convention européenne afin d'enrichir la *common law*, d'un point de vue général (*α.*), alors que son impact sur la *judicial review* est apparu plus tacite (*β.*).

α. L'influence de la Convention européenne sur la common law *en général*

Dans l'affaire *Cassell & Co. v. Broome*, Lord Kilbrandon affirme que l'allocation de dommages-intérêts punitifs en cas de diffamation doit être décidée avec précaution, au risque sinon de remettre en cause ce qui est « au moins depuis que la Convention européenne a été ratifiée, un droit constitutionnel à la liberté d'expression »[3252]. En 1979, dans l'affaire *Associated Newspapers*

3250. GRIEF (N.), « The Domestic Impact of the European Convention on Human Rights as Mediated through Community Law », *PL* 1991, pp. 555-567 ; Lord Browne-Wilkinson, « The infiltration of a Bill of Rights », *op. cit.*, pp. 399-402 ; HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, pp. 262-296 ; MOUNTFIELD (H.) et BELOFF (M. J.), « Unconventional behaviour ? Judicial uses of the European Convention in England and Wales », *EHRLR* 1996, pp. 467-495, voir pp. 471-474 et pp. 489-491.
3251. En général, voir : HUNT (M.), *ibid.* ; FENWICK (H.), *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, *op. cit.*, pp. 108-122.
3252. *Cassell & Co. v. Broome* [1972] AC 1027, p. 1133.

Group v. Wade, Lord Denning fait ressortir de l'étude de la protection de la liberté de la presse par le biais de la *common law*, que « de ce point de vue notre droit correspond à l'article 10 (1) de la Convention Européenne pour la protection des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales »[3253].

Dans une affaire *Attorney General v. BBC*, l'influence d'une décision sanctionnant le Royaume-Uni peu avant le jugement d'une question en droit interne est également visible[3254]. Le procureur général avait rendu une injonction visant à interdire à la BBC de médiatiser les éléments d'une affaire jugée devant une cour locale, au motif que cela constituerait un « outrage ». La question était de savoir si la cour locale était une « cour inférieure » bénéficiant du privilège de *common law* de protection contre les outrages. Une telle détermination réduit nécessairement la liberté d'expression dont jouit notamment la BBC. Sur ce point, une incertitude pesait sur le sens de la *common law.* Lord Scarman, dès le début de son jugement, rappelle que le Royaume-Uni a été condamné deux ans auparavant par la Cour européenne pour avoir accepté la validité d'une injonction du procureur général interdisant la diffusion d'informations par le *Sunday Times* concernant une affaire de santé publique[3255]. Bien que cette décision n'ait pas à être suivie par les juges anglais, dualisme juridique oblige, elle fait partie du droit international. Les règles de *common law* relatives à l'outrage doivent être interprétées en la prenant toutefois en compte[3256]. Sur le fond, l'extension des règles de l'outrage à la cour locale est rejetée, protégeant ainsi la liberté d'expression. Lord Scarman conclut son jugement en précisant qu'une telle extension des règles, si elle devait être autorisée, ne devrait se faire qu'en cas de « besoin social impérieux », condition classiquement posée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg à une action limitant les droits[3257]. Les juges ont, quelques années plus tard, affirmé, avec force, l'équivalence de la protection de la liberté d'expression par la *common law,* justifiant en l'espèce de remettre en cause

3253. *Associated Newspapers Group v. Wade* [1979] 1 WLR 697, p. 708.
Cela a été réaffirmé postérieurement : *Derbyshire v. Times Newspapers* [1992] 1 QB 770, p. 812 (Balcombe LJ).
Lord Denning a également pu affirmer à propos de l'article 11 de la Convention européenne, protégeant la liberté de réunion : « cet article ne fait que rappeler un principe de base du droit anglais. La common law a toujours reconnu la liberté de chacun de s'associer » (*United Kingdom Association of Professional Engineers and another v. Advisory, Conciliation,and Arbitration Service* [1979] 1 WLR 570, pp. 582-583. Cette partie du jugement du Lord est confirmée devant la Chambre des Lords par Lord Scarman : [1981] AC 424, pp. 445-446) ; ou encore que cet article « fait partie du droit anglais ou est du moins équivalent au droit anglais » (*Cheall v. APEX* [1983] QB 126, p. 136). Pour en arriver à cette conclusion, dans cette dernière affaire, Lord Denning met en lumière que les individus peuvent exercer leur droit de recours devant les institutions de la Convention européenne. En effet, l'Angleterre a reconnu leur compétence et le droit de pétition individuel dès 1966.
Voir : BATES (E.), « British sovereignty and the European Court of Human Rights », *LQR* 2012, pp. 382-411, voir pp. 391-392.
3254. *Attorney General v. BBC* [1981] AC 303.
3255. CEDH, 26 avril 1979, *The Sunday Times c. Royaume-Uni*, n°6538/74, Série A, n°30.
3256. *Attorney General v. BBC* [1981] AC 303, p. 354.
3257. *ibid*., p. 362.

une mesure de censure à l'encontre de la presse[3258]. La Convention européenne permet ainsi d'influencer le sens de la *common law*, et ce, même lorsqu'elle apparaît fixe, claire, mais incomplète[3259].

β. L'influence de la Convention européenne sur la judicial review *: l'émergence des « droits constitutionnels*

Pour ce qui est plus particulièrement de la *judicial review*, l'appel à la Convention s'est accru dans les années quatre-vingt-dix, afin de répondre au désir plus grand de protection des droits, défendu notamment par les tenants de la doctrine de *common law*[3260]. Certains ont pu identifier une « incorporation cachée » de la Convention européenne[3261].

Malgré cela, le nombre d'affaires était toujours relativement faible, tout comme son impact assumé sur le développement de la *common law*[3262]. Toutefois, en y faisant référence, les juges ont pu protéger la vie privée d'une famille dont les images de la mort de leur enfant lors d'un accident de la route avaient été utilisées, sans leur accord, pour monter un message d'avertissement

3258. *Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)* [1988] 2 WLR 805 (affaire appelée également *Spycatcher* ; voir notamment pour le parallèle avec l'article 10, pp. 283-284 (Lord Goff)) : *Spycatcher* est un livre qui avait été écrit par un membre des services secrets britanniques, et publié en Australie puis aux États-Unis. Une partie de la presse, dont le *Guardian*, s'en était fait l'écho, ainsi que des procédures judiciaires entreprises par le Royaume-Uni devant les cours australiennes contre la publication. L'*Attorney-General* avait pris une injonction interdisant de délivrer plus d'informations. Les juges considèrent que les informations disponibles dans le livre étant devenues mondialement disponibles, le secret défense ne pouvait justifier la limite à la liberté d'expression.
Derbyshire v. Times Newspapers [1993] 2 WLR 449, p. 551 (Lord Keith).
3259. *Derbyshire v. Times Newspapers* [1992] 1 QB 770, p. 812 (Balcombe LJ). Décision confirmée par la Chambre des Lords (*Derbyshire v. Times Newspapers* [1993] 2 WLR 460) : les juges ont refusé d'autoriser une autorité locale à exercer un recours pour diffamation contre un journal. Une telle extension d'un droit reconnu en *common law* aurait violé la liberté d'expression. Incertaine sur cette question, la *common law* est précisée au regard des exigences de la Convention Européenne.
Voir également : *R. v. Chief Metropolitan Magistrate, ex p. Choudhury* [1991] 1 QB 429, p. 449 (Watkins LJ).
3260. Notamment : Lord Browne-Wilkinson, « The infiltration of a Bill of Rights », *PL* 1992, pp. 397-410 ; LAWS (J.), « Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights », *PL* 1993, pp. 59-79 ; « The limitations of human rights », *PL* 1998, pp. 254-265, notamment pp. 261-262 ; WOOLF (H.), « Droit Public – English Style », *PL* 1995, pp. 57-71 ; SEDLEY (S.), « Human Rights : a Twenty-First Century Agenda », *PL* 1995, pp. 386-400.
Sur ce courant doctrinal : HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit*., pp. 162-206.
3261. MOUNTFIELD (H.) et BELOFF (M. J.), « Unconventional behaviour ? Judicial uses of the European Convention in England and Wales », *op. cit.*, p. 468 ; HUNT (M.), *ibid.*, p. 159 ; STARMER (K.) et KLUG (F.), « Incorporation through the back door ? », *PL* 1997, pp. 223-233.
Philip Sales parle d'une incorporation « *avant la lettre* » : SALES (P.), « Rights and fundamental rights in English law », *CLJ* 2016, pp. 86-108, p. 91 (L'expression est en français dans le texte).
Voir également le jugement de Lord Donaldson dans *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] 1 AC 696, p. 718.
3262. STARMER (K.) et KLUG (F.), *ibid*., p. 228 ; DONSON (F.), « Civil Liberties and Judicial Review : Can the Common Law Really Protect Rights ? », pp. 347-373, notamment pp. 349-350 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit*. ; Lord Browne-Wilkinson, « The infiltration of a Bill of Rights », *op. cit.* ; ELLIOTT (M.), « Beyond the European Convention : Human Rights and the Common Law », *Legal Studies Research Paper Series* 2015, 25 pages ; O'CINNEIDE (C.), « Human Rights and The UK Constitution », voir pp. 79-81 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.

audiovisuel[3263]. La Convention européenne est invoquée en conclusion du jugement, afin d'en conforter la portée.

L'affirmation la plus claire de l'équivalence des protections dans le cadre de la *judicial review* ressort de la jurisprudence *Brind*[3264]. Lord Donaldson y affirme : « […] il faut regarder longuement et avec la plus grande attention avant de découvrir une différence entre la common law anglaise et les principes posés par la Convention »[3265]. De même, bien que rejetant l'application de la Convention européenne, Lord Templeman en étudie certains aspects. Il relève que les droits y étant présents sont rarement absolus et que toute limitation par une autorité publique doit être justifiée. Il en ressort qu'un pouvoir discrétionnaire n'est jamais illimité. En conséquence, par voie de *judicial review*, il est nécessaire de veiller à ce que la décision du ministre repose sur des éléments justifiant la portée de l'interdiction en cause[3266]. Si la Convention européenne n'est pas directement invocable, en vertu d'une lecture assez stricte du dualisme sur ce point, la *common law* apparaît comme étant son équivalent et s'impose au pouvoir discrétionnaire.

Plus spécifiquement, les cours, dans le cadre de la *judicial review*, ont fait émerger une nouvelle catégorie de droits, qualifiés de « constitutionnels »[3267]. Ce statut particulier, propre à la *common law*, est attribué aux droits les plus importants. À ce titre, il n'est pas étonnant que la jurisprudence ait considéré en premier lieu comme constitutionnel le droit de recours. Les juges l'ont affirmé dans l'affaire *Leech (No.2)*, rendue à propos de mesure de saisine de la correspondance entre un détenu et son avocat[3268]. Plusieurs corollaires nécessaires du droit d'exercer un recours sont ainsi protégés, au même titre, par la *common law* : le droit à un avocat, et le droit au secret de la correspondance avec son conseil[3269]. Là encore, la Convention européenne, et la jurisprudence de la Cour européenne, sont invoquées en conclusion du jugement. Faisant mention de la décision *Campbell c. Royaume-Uni*, concernant une affaire similaire en Écosse, et jugée par la Cour européenne, Garland J. précise : « le point important est que cette décision, bien que n'ayant pas directement force en Angleterre, soutient la conclusion à laquelle nous arrivons à la lumière des principes de notre jurisprudence interne »[3270]. De même, sont reconnus inhérents à la *common law* :

3263. *R. v. Broadcasting Complaints Commission, ex p. Granada Television Ltd* [1995] EMLR 163, p. 169 (Balcombe LJ).
3264. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] 1 AC 696 : à propos de l'interdiction de diffuser un reportage jugé favorable à une organisation terroriste.
3265. *ibid*., p. 717.
3266. *ibid*., pp. 748-749, et p. 751.
3267. JOWELL (J.), « Beyond the rule of law : towards constitutional judicial review », *PL* 2000, pp. 671-683, notamment pp. 674-676 ; SALES (P.), *ibid*.
3268. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Leech (No.2)* [1994] QB 198.
Voir : OWEN (T.), « Prisoners and Fundamental Rights », *JR* 1997, pp. 81-85.
3269. Le premier avait déjà été reconnu antérieurement : *R. v. Home Secretary, ex p. Anderson* [1984] QB 778.
3270. *ibid*., p. 217.

le droit à la vie, la liberté de mouvement ainsi que la protection contre les traitements dégradants[3271] ; la liberté de religion[3272] ; ou le principe de non-rétroactivité des peines[3273].

Le développement de ces « droits constitutionnels » constitue indéniablement une évolution propre de la *common law*. Une fois reconnus, ils en font partie intégrante. Toutefois, et même si les références à la Convention européenne n'apparaissent pas clairement, son influence ne doit pas être reniée[3274]. Elle constitue un modèle, au moins quant à la substance des droits protégés. Dans les termes mêmes de Laws J, les juges seraient en effet particulièrement « avisés de confiner la reconnaissance des droits constitutionnels à cette catégorie particulière de droits dont tout le monde jouit dans une démocratie régie par la rule of law »[3275]. Pour Lord Rodger, dans un jugement de 2006, en développant les « droits constitutionnels » au sein de la *common law*, « les juges étaient, plus ou moins explicitement, à la recherche d'un moyen d'incorporation *avant la lettre*, en utilisant la common law pour permettre les avantages de l'incorporation sans l'incorporation »[3276]. Pour les juges, il n'est pas nécessaire d'aller trop loin pour les trouver : que ce soit le droit d'accéder à la justice, la liberté d'expression ou encore de religion, tous « sont garantis par les dispositions de la Convention européenne »[3277].

Malgré ces développements, la jurisprudence n'a pas pu aligner la protection des droits issus de la *common law* avec les standards de la Convention européenne. Les fréquentes condamnations du Royaume-Uni prononcées par la Cour européenne en constituent le meilleur reflet[3278]. L'adoption du *Human Rights Act* a été nécessaire. Cela n'a pas, pour autant, pas conduit à faire péricliter la *common law*, bien au contraire.

3271. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. McQuillan* [1995] 4 All ER 400.
Murray Hunt relevait, à propos du jugement de Sedley J. rendu dans cette affaire, qu'il constituait le meilleur exemple possible de la reconnaissance de l'influence que peut avoir la Convention européenne sur le développement de la *common law*, via le droit communautaire : HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.,* pp. 290-294.
3272. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Moon* [1997] INLR 165, p. 168 (Sedley J, s'appuyant d'ailleurs sur le jugement de Lord Templeman (et non Templeton comme le mentionne la reproduction du jugement) dans l'affaire *Brind*).
3273. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Pierson* [1998] AC 539.
Pour d'autres exemples : CLAYTON (R.), « The empire strikes back : common law rights and the Human Rights Act », *PL* 2015, pp. 3-12, notamment pp. 6-8.
3274. SALES (P.), « Rights and fundamental rights in English law », *op. cit*.
3275. *R. v. Lord Chancellor, ex p. Lightfoo*t [2000] QB 597, p. 609.
3276. *Watkins v. Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 17, [64] (en français dans le texte).
3277. *R. v. Lord Chancellor, ex p. Lightfoot* [2000] QB 597, p. 609 (Laws J).
Pour Lord Slynn : « la Convention peut et doit nourrir la common law, et la common law doit nourrir la Convention » (*R. (on the application of Smith) v. Parole Board* [2005] 1 All ER 755, [74]).
3278. BRADLEY (A.W.) et EWING (K.D.), *Constitutional and Administrative Law*, 12e éd., Longman, Londres, 1997, 900 pages, pp. 470-473.

b. La persistance de la protection des droits par la *common law* après le *Human Rights Act*

Ce serait un truisme de dire que l'histoire de la *common law* est bien plus ancienne que celle de la Convention européenne. La protection permise par la première ne résulte pas entièrement de la seconde. Bien avant le Traité de Rome de 1950, les juges anglais avaient entrepris de garantir le respect de certains droits. Il suffit ici de songer, par exemple, aux droits procéduraux découlant de la *natural justice*, qui constituent un exemple clair de cette volonté ancienne de protéger l'individu. Toutefois, la garantie des droits substantiels était difficilement assurée par les juges au XXe siècle. Après le *Human Rights Act*, et grâce à son influence, la *common law* a su continuer à se développer et assurer ainsi sa mission multiséculaire de garantie des droits (*α.*), car c'est bien par le recours à une certaine historicité que se justifie ici le pouvoir des juges (*β.*).

α. La common law*, première source de droits*

Dans les années quatre-vingt dix notamment, le retard constaté dans la protection des droits par la *common law* a été en partie comblé. Il l'a été plus encore par la suite, grâce à l'introduction du *Human Rights Act*. Si cette évolution est heureuse pour la protection des individus, elle a pu faire craindre pour la *common law*[3279]. La loi de 1998 l'a-t-elle mise en stase ou bien les deux sources se nourrissent-elles réciproquement ? La question n'est pas anodine, ni purement théorique. En toile de fond, ce qui se joue est l'avenir de la protection des droits en Angleterre. Les pressions politiques toujours plus fortes contre la Convention européenne font craindre, à terme, une abrogation du *Human Rights Act*[3280]. Afin d'éviter de se retrouver dépourvus dans un tel cas de figure, les juges ont entrepris ces dernières années de réaffirmer, avec force, l'importance de la *common law* dans la garantie des droits[3281]. Très tôt, les juges ont reconnu la nécessité de conserver ces deux sources côte

3279. SALES (P.), « A comparison of the principle of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998 », *op. cit.*, p. 606 : « il semble probable que la section 3 du HRA sera le principe légal dominant dans le futur concernant l'interprétation des lois au regard des droits fondamentaux ».

3280. CLAYTON (R.), « The empire strikes back : common law rights and the Human Rights Act », *PL* 2015, pp. 3-12, voir p. 7 ; SALES (P.), « Rights and fundamental rights in English law », *op. cit.*, pp. 93-94.
La remise en cause du *Human Rights Act* semble aujourd'hui passée quelque peu au second plan, notamment du fait du Brexit qui occupe la plupart des débats. Le programme pour les élections de juin 2017 du Parti conservateur, plus virulent sur ce sujet, ne fait plus mention de cette question. Notons toutefois qu'en réaction aux récents événements terroristes ayant eu lieu en Angleterre, le Premier ministre, Theresa May, a affirmé sa volonté de « déchirer » les droits de l'homme empêchant la lutte contre le terrorisme (*The Guardian*, 7 juin 2017). Cela pourrait marquer le retour d'un discours politique visant à faciliter le renvoi des étrangers soupçonnés de lien avec une entreprise terroriste.

3281. La Chambre des Lords a reconnu l'existence d'un principe constitutionnel fondamental en vertu duquel une décision administrative mettant fin à certains droits d'un individu ne pouvait entrer en vigueur, et produire ses effets, qu'au moment de sa notification (*R. (on the application of Anufrijeva) v. Secretary of State for the Home Department* [2003] UKHL 36). De même, l'affaire *Jackson* vise à garantir le droit au recours, et en particulier la *judicial review* (*R. (on the application of Jackson) v. Attorney General* [2006] 1 AC 262) ; la référence dans l'affaire *HS2* aux principes fondamentaux reconnus par la *common law*, aux côtés des « lois constitutionnelles », constitue également une

à côté, en affirmant que la *common law* garantissait un niveau suffisant de protection[3282].

À ce premier élément s'en ajoute un second : la Convention européenne a un champ d'application ne lui permettant pas de constituer une norme de référence dans chaque affaire. La section 6 du *Human Rights Act* ne peut être invoquée que par un requérant se prévalant de la qualité de « victime » d'une violation, condition plus stricte que l'intérêt à agir de la *judicial review*[3283]. Dans ce cas, c'est à la *common law* de prendre le relais, si nécessaire en s'en inspirant.

Le jugement rendu par Lord Reed dans la récente affaire *Osborn* est topique du mouvement actuel de la *common law*[3284]. Elle regroupe trois litiges concernant des prisonniers : deux d'entre eux avaient fait une demande de libération, et le troisième une demande de transfèrement. Les trois demandes furent rejetées après étude par un seul membre du Comité de Libération Conditionnelle, et sans audience. De même, leur demande d'une audience orale fût écartée suite à ce refus. C'est contre cette décision qu'ils introduisent une demande de *judicial review*. Le jugement de Lord Reed, rendu pour l'ensemble de la Cour Suprême, met au jour les relations entre la Convention européenne et la *common law*. En premier lieu, il relève que la protection des droits ne dépend pas uniquement de la Cour européenne, mais qu'au contraire elle résulte largement des systèmes nationaux[3285]. En effet, les termes de la Convention européenne étant particulièrement larges et abstraits, ce sont les juges, confrontés à la réalité du contentieux, qui peuvent le mieux être chargés de leur garantie. En second lieu, et cela découle du premier point, le *Human Rights Act*, en faisant produire certains effets à la Convention européenne, « n'a pas conduit à supplanter la protection des droits de l'homme en vertu de la common law ou de la loi, ni créé un droit fondé sur les seuls jugements de la Cour européenne. Les droits de l'homme continuent d'être protégés par notre droit interne, interprété et développé en accord avec cette loi (le Human Rights Act) »[3286]. Il en découle

---

réaffirmation importante de leurs existences autonomes, ainsi que de leur place centrale (*R. (on the application of HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3). Ils participent de l'émergence de normes constitutionnelles limitant la souveraineté du Parlement.

3282. *R. (on the application of Daly) v. Secretary for the Home Department* [2001] UKHL 26, [30] (Lord Cooke).

3283. ELLIOTT (M.), « The Human Rights Act 1998 and the standard of substantive review », *CLJ* 2001, pp. 301-336, voir pp. 322-334 ; LEGERE (E.), « Locus Standi and the Public Interest : A Hotchpotch of Legal Principles », *JR* 2005, pp. 128-134 ; FENWICK (H.), *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, *op. cit.*, pp. 202-206.

Cette disjonction reste cantonnée à la section 6, et ne s'applique pas à la section 3 (interprétation conforme), qui peut être utilisée par les juges sans que la condition de « victime » ne soit nécessaire.

3284. *R. (on the application of Osborn) v. Parole Board* [2013] UKSC 61.

Voir sur ce mouvement : CLAYTON (R.), *ibid.* ; BJORGE (E.), « Fundamental Rights at English (and European?) common law », *LQR* 2015, pp. 192-196 ; MASTERMAN (R.) et WHEATLE (S.), « A Common Law Resurgence in Rights Protection ? », *EHRLR* 2015, pp. 57-65 ; ELLIOTT (M.), « Beyond the European Convention : Human Rights and the Common Law », *op. cit.* ; Lady Hale, « UK Constitutionalims on the March ? », discours prononcé lors de la conférence de la Constitutional and Administrative Law Bar Association, du 12 juillet 2014, 15 pages ; FENWICK (H.), *ibid.*, pp. 114-116.

3285. *ibid*. [55]-[56].

3286. *ibid*., [57].

que la *common law* ne peut pas moins protéger les droits que la Convention européenne, et qu'ainsi, en respectant la première, les autorités publiques se mettent également en accord avec la seconde[3287]. Dès lors, la protection des droits passe avant tout par la *common law*. C'est elle qui constitue la base première de la garantie. La Convention européenne enrichit la *common law*, qui joue le rôle d'intermédiaire entre elle et les autorités publiques. En l'espèce, le droit d'audience aurait dû être accordé. L'agissement du Comité constitue une violation de la *common law*, ainsi que de l'article 5-4 de la Convention européenne. La méthode employée par Lord Reed pour arriver à cette conclusion reflète cette idée. Il commence d'abord par mettre en lumière les exigences de la *common law* : une obligation d'audience en découle puisque la décision du Comité devenait définitive. Ce n'est qu'ensuite qu'il s'intéresse à l'article 5-4 de la Convention européenne, non pas pour trancher l'affaire, mais pour déterminer « si cet article impose des obligations plus fortes quant à la tenue des procédures orales »[3288]. Selon le Lord, les deux sources sont sur ce point en accord[3289]. L'affaire est ainsi résolue sur le fondement de la *common law*. Ce jugement illustre deux idées. La *common law* est une source autonome de droits, qui vit et se développe par elle-même ; la Convention européenne n'apparaît ici que comme un complément, dont les effets doivent en priorité se faire ressentir par la *common law*[3290]. En conséquence, la source première de protection des droits n'est pas la Convention européenne, mais bien la *common law*[3291].

Il n'y a donc pas eu de remplacement de l'une des sources par l'autre. Les deux agissent conjointement. Dans une étude de 2009, basée sur diverses statistiques, Sangeeta Shah et Thomas Poole mettaient en lumière notamment deux tendances depuis l'entrée en vigueur du *Human Rights Act* : d'une part, le nombre de recours visant à protéger les droits a fortement augmenté, mais d'autre part, le taux de succès est plus élevé lorsqu'est invoqué un droit issu de la *common law*[3292]. Il n'y a

3287. *ibid*., [2], point (xii).
3288. *ibid*., [101].
3289. *ibid*., [112].
3290. Dans l'affaire *Montgomery v. Lanarkshire Health Board*, la Cour Suprême a reconnu que « du fait de la stimulation provoquée par le Human Rights Act de 1998, les cours ont commencé à devenir de plus en plus conscientes des valeurs fondamentales que la common law devait refléter » (*Montgomery v. Lanarkshire Health Board* [2015] AC 1430, [80]).
3291. Ce jugement fait écho à celui rendu par Toulson LJ dans l'affaire pénale du *Guardian News* ; à propos de l'étendue des principes de transparence de la justice, et notamment sur la question de l'accès de la presse à certains documents utilisés dans le cadre d'une demande d'extradition, Toulson LJ affirme clairement préférer fonder son jugement sur les principes de *common law*, et regrette l'usage, abusif selon lui, des références aux décisions de la Cour européenne (*R. (on the application of Guardian News and Media ltd) v. City of Westminster Magistrates' Court* [2012] EWCA Civ 420, [88]). Plus particulièrement, toujours selon le juge, « le développement de la common law n'a pas pris fin avec l'adoption du Human Rights Act » (*idem*). Le juge Toulson réaffirmera exactement cette idée dans une autre affaire (*Kennedy v. Charity Commission* ([2014] UKSC 20, [133] ; voir également le jugement de Lord Mance, notamment [46]. L'affaire, portant sur la transparence de la justice, a été tranchée sur le fondement de la *common law*, alors que l'article 10 de la convention européenne avait été invoqué).
Dans l'affaire *A. v. Secretary of State for the Home Department*, Lord Reed relève que « le principe inscrit dans la common law d'une justice transparente reste en vigueur même lorsque les droits de la convention sont applicables » (*A. v. Secretary of State for the Home Department* [2014] UKSC 25, [56]).
3292. SHAH (S.) et POOLE (T.), « The impact of the Human Rights Act on the House of Lords », *PL* 2009, pp. 347-

donc ni diminution de l'importance de la *common law*, ni remise en cause de sa force. Toutefois, ce retour en grâce ne doit pas être surévalué. Il est à la fois relativement récent et porte sur des droits de nature procédurale, éléments inhérents à la nature même de la *common law*. Le renouveau reste cantonné à des domaines pour lesquels les juges ont une certaine affinité, et une longue tradition jurisprudentielle de protection.

β. La problématique de la reconnaissance des droits en common law *: l'appel au caractère historique et aux valeurs latentes dans la société*

Ces évolutions démontrent le caractère souple et adaptable de la *common law*. Sa dimension incrémentale et casuistique lui permet un ajustement, certes lent, mais réel, aux nécessités de l'époque[3293]. Que les juges la développent comme reflet de la Convention européenne, ou pour d'autres raisons, elle se veut avant tout empreinte des valeurs présentes à l'état latent dans la société[3294]. Ainsi, pour Laws J, les « droits constitutionnels » « sont des créations de la common law, dès lors que leur existence n'est pas la conséquence d'un processus politique démocratique mais y sont logiquement antérieurs »[3295]. De même, pour Lord Cooke, « certains droits sont inhérents et fondamentaux dans une société démocratique moderne » ; en conséquence, ils ne sont pas créés, mais consacrés par des textes ou la jurisprudence[3296]. Cette affirmation contraste particulièrement avec les propos de Sir Robert Megarry V.-C, tenus dans son jugement sur l'affaire *Malone*, et visant à refuser la reconnaissance d'un droit au respect de la vie privée en *common law* : « il n'appartient pas aux cours de légiférer dans un nouveau domaine. L'extension des lois et principes est une chose, la création d'un nouveau droit en est une autre »[3297]. On mesure le chemin parcouru depuis par les juges. En prenant conscience de la nécessité d'améliorer la garantie des droits, ils ont su user d'un certain pouvoir de création, *via* le développement de la *common law*.

La troisième vertu qui lui est assignée a ici une importance particulière. Antérieure à l'émergence du Parlement souverain, elle est historiquement liée à la représentation du droit anglais, et donc de la protection des droits. Cette vision quelque peu idéalisée a l'avantage de mettre en

371.
3293. LAWS (J.), « Wednesbury », voir p. 200 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC,* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.*
3294. MOUNTFIELD (H.) et BELOFF (M. J.), « Unconventional behaviour ? Judicial uses of the European Convention in England and Wales », *op. cit.*, p. 468 ; LESLIE (J.), « Vindicating common law constitutionalism », *op. cit*.
3295. *R. v. Lord Chancellor, ex p. Witham* [1998] QB 575, p. 581.
3296. *R. (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26, [30].
3297. *Malone v. Metropolitan Police Commisioner* [1979] Ch. 344, p. 372.

avant le découplage entre la production de textes par le processus parlementaire et la vision incrémentale de la *common law*. La jurisprudence ne fait que révéler des droits, basés sur des valeurs ancrées dans la société. L'objectivation de la méthode d'identification permet d'éviter de considérer que les juges puissent imposer leurs propres valeurs, c'est-à-dire leur propre conception des droits à garantir[3298]. L'appel à l'histoire, à une certaine continuité, ainsi qu'aux valeurs latentes, a vocation à rendre leur identification évidente. La tension entre ancienneté et modernité est résolue par l'appel au cas et au précédent. La *common law*, expression de la *rule of law*, « articule le contenu du bien commun autour des valeurs partagées par la société et les traditions »[3299], et en évoluant « au gré de l'expérience »[3300]. Simples relais d'un phénomène tellement évident qu'il s'impose à eux, les juges peuvent faire émerger une jurisprudence considérée légitime, car ancrées dans des valeurs partagées qu'ils ne font qu'actualiser par la pratique. Il leur est alors nécessaire de rester en contact avec les attentes des individus, afin de préserver la structure démocratique du régime[3301]. On perçoit alors le glissement qui s'opère : la démocratie ne passe pas uniquement par le Parlement, mais aussi par les juges, dans leur fonction de catalyseurs des attentes de la société. En développant une conception de *common law* des droits, ils ne remettent pas en cause la volonté du Parlement, mais remplissent leur mission historique. Ils pallient les carences du législateur dans la protection des individus, et « réconcilie deux traditions philosophiques distinctes, l'une libérale l'autre démocratique »[3302].

Il n'est toutefois pas aisé de déterminer les éléments ou les conditions nécessaires pour qu'une valeur latente soit issue au rang de « droits constitutionnels ». L'allongement continu de la liste laisse l'impression, au-delà d'un développement casuistique et incrémental bienvenu, d'une

---

3298. SALES (P.), « A comparison of the principle of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998 », *op. cit.*, p. 606 ; « Rights and fundamental rights in English law », *op. cit.*, pp. 92-93 et pp. 97-98.
Voir : FINNIS (J.), « Judicial Power : Past, Present and Future », *Gray's Inn Hall,* 20 octobre 2015, 28 pages. L'auteur a une vision particulièrement critique du développement des pouvoirs des juges, notamment de leur faculté à créer des droits. Ce rôle appartient, selon lui, au Parlement uniquement.
Sur ce point, voir la réponse de Mark Elliott : « Judicial Power in Normative, Institutional and Doctrinal Perspective – A Response to Professor Finnis », 3 novembre 2015 (disponible sur le site du *judicial power project*).
3299. ALLAN (T.R.S.), « The rule of law as the rule of reason : consent and constitutionalism », *LQR* 1999, pp. 221-244, p. 239.
Pour une critique : CRAIG (P.), « Constitutional foundations, the rule of law and supremacy », *PL* 2003, pp. 92-111, 99-100.
Sur l'importance des « valeurs communes » dans le développement des droits et principes de *common law*, voir : Lord Reid, « The Judge as Law Maker », *Society of Public Teachers of Law* 1972, pp. 22-29 : Lord Lester, « English judges as law makers », *PL* 1993, pp. 269-290.
Sur les différentes conceptions de la justice, et leurs rapports avec les valeurs à promouvoir dans une société : DOWRICK (F.E.), *Justice according to the English Common Lawyers*, Butterworths, Londres, 1961, 251 pages.
3300. *ibid*., p. 241.
John Greville Agard Pocock considère que la coutume et l'immémorial constituent les deux éléments constitutifs de l'esprit de la *common law* : POCOCK (J.A.G.), *L'Ancienne Constitution et le droit féodal*, 2e éd., 1987, PUF, Paris, ré-édition 2000, pp. 49-79.
3301. Lord Reid, « The Judge as Law Maker », *op. cit.*, p. 27.
3302. SALES (P.), « Rights and fundamental rights in English law », *op. cit.*, p. 94.

certaine subjectivité dans leur émergence[3303]. Cette impression se renforce encore lorsque l'on se rappelle, par exemple, que selon John Laws, en tant qu'auteur de doctrine, les droits sont avant tout des droits-libertés, et que Laws J., juge de la Haute Cour de Justice et de la Cour d'Appel, ne dit pas autre chose. De surcroît, l'appel à l'histoire a une forte dimension mythique[3304]. Le cas ancien, exemple mis en avant pour prouver la légitimité d'une décision, constitue le cœur de ce raisonnement[3305]. Il peut s'analyser en une forme de redécouverte, alliée à une réinterprétation opportune de son sens et sa portée. En usant ainsi de cette analyse comme d'une pierre philosophale, les juges tiennent le rôle d'alchimiste, pouvant transformer un jugement de peu de valeur initiale, en une mine d'or de principes et de droits[3306]. Le cas étant magnifié, il devient un précédent à respecter. Le droit a en réalité été créé, mais sans rompre avec sa continuité ; la fiction d'un droit déclaré peut être maintenue[3307] ; tout comme la stabilité du système ainsi que la prévisibilité du droit, valeur fondamentale promue par la valorisation des précédents[3308]. Le contenu de la *rule of law*, nous l'avons vu, est aussi dépendant de l'appréciation de celui qui l'observe ; la *common law*, vecteur de la *rule of law*, ne peut pas y échapper non plus.

Cela conduit nécessairement à des critiques, notamment développées par Philip Sales. Il apparaît utile, selon lui, de restreindre la capacité des juges à dégager des droits, et à enrichir la *common law*. En somme, ne devraient accéder à ce rang que les valeurs tellement importantes et largement partagées que le Parlement finira, tôt ou tard, par les garantir en les exprimant en droits[3309]. Ce n'est que « s'il est probable de conclure que le Parlement, en tant que corps, reconnaît un tel droit ou intérêt, et doit être considéré comme ayant légiféré en se fondant sur la présomption que ce droit s'applique (sauf s'il a été clairement abrogé par la législation en cause) » ; pour cela « il

3303. CLAYTON (R.), « The empire strikes back : common law rights and the Human Rights Act », *op. cit*., p. 39.
Voir aussi : SIMPSON (B.), « The Reflections of a Craftsman », pp. 193-205 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit*.
Voir *infra*, pour une comparaison avec les principes généraux du droit : Partie II, Titre II, Chapitre I, Section II, I, B, 3.
3304. FRIEDMAN (D.), « A common law of human rights : history, humanity and dignity », *EHRLR* 2016, pp. 378-398, notamment pp. 382-385.
3305. FENNELLY (D.), « *Penser par ca*s : A common law perspective », pp. 155-171 et VAN MEERBEECK (J.), « Penser par cas... Et par principes », pp. 77-97 in *Penser par cas, RIEJ* 2014.
3306. La métaphore de l'alchimiste a été employée par Lord Hoffmann dans l'affaire *Lewis v. Attorney General of Jamaica* ([2001] 2 AC 50, p. 88).
3307. Signe que cette fiction est encore vivace, l'établissement d'un nouveau principe, ou une décision provoquant un revirement, a un effet rétroactif. L'effet prospectif d'une règle est réservé aux lois. Les juges ne font que déclarer le droit existant : LESTER (A.), « English judges as law makers », *op. cit*., pp. 286-287.
Voir également le jugement de Sedley J. dans l'affaire *McQuillan* qui invoque, pour justifier la reconnaissance par la *common law* de l'interdiction des traitements inhumains, l'extension de l'interdiction des peines inhumaines contenues dans le *Bill of Rights* de 1688 : HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, p. 292.
3308. ALEXANDER (L.) et SHERWIN (E.), « Judges as Rule Makers », pp. 27-50 in *Common Law Theory*, sous la dir. de D.E. Edlin, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
3309. SALES (P.), « Rights and fundamental rights in English law », *op. cit.*, pp. 98-99.
Voir également : SALES (P.), « Partnership and challenge : the courts' role in managing the integration of rights and democracy », *PL* 2016, pp. 456-470.

faut un consensus suffisant entre des visions politiques et normatives différentes afin de justifier une telle conclusion »[3310]. La vision développée par l'auteur nous paraît toutefois trop restrictive. En premier lieu, si l'objectif d'un développement de la *common law* est bien de concilier la démocratie et le libéralisme politique, et tel est bien le cas en vertu de la *rule of law*, alors la proposition de Philip Sales conduit à une contradiction. En fait, ce qui est proposé, c'est une forme d'anticipation de la part des juges : ils doivent considérer comme « droit constitutionnel » uniquement ceux que le Parlement a pour ambition de garantir. Or, cela revient à faire dépendre le rôle des juges d'une vision majoritaire et procédurale de la démocratie. Cette impression est renforcée par l'idée qu'il faut un consensus politique large. Si l'on entend le terme de « politique » au sens qu'il prend dans les luttes intrinsèques au rôle du Parlement, il faut en conclure que le développement de la *common law* ne pourrait concerner que très peu de valeurs. Il faudrait un consensus transpartisan, très difficile à obtenir. L'intérêt de l'émergence jurisprudentielle des droits est, au contraire, de promouvoir un processus qui ne dépend pas des vicissitudes politiques ; c'est donner une coloration substantielle au régime démocratique[3311]. Cela est permis par le contact permanent des juges avec les valeurs de la société fondamentales promues et défendues dans les prétoires. En second lieu, Philip Sales confond l'identification des droits et leur protection. L'idée qu'il faille considérer que le Parlement a entendu les respecter en légiférant tient à ce qu'ainsi, les juges peuvent présumer que la loi est conforme aux « droits constitutionnels ». Toutefois, il est nécessaire de distinguer cette idée, résumée dans l'expression « principe de légalité », et sur laquelle nous reviendrons, de l'identification même des « droits constitutionnels ». Certes, les deux sont intimement liés, car en affirmant qu'ils découlent de valeurs partagées au sein de la société, les juges peuvent en déduire que le Parlement en a connaissance, et les respecte. Mais, Philip Sales va plus loin que cela puisqu'il pose comme condition que le Parlement en ait positivement conscience, qu'il soit prêt à légiférer en ce sens. Or, l'intention du Parlement, utilisée par les juges pour garantir le respect de la *common law*, est fictive ; c'est une construction avant tout nécessaire pour légitimer leur pouvoir normatif. Ce que veut le Parlement n'a pas à être positivement établi, il suffit que sa volonté contraire n'est pas été exprimée de façon expresse dans une loi. Dès lors, l'émergence des « droits constitutionnels » ne nécessite pas un soutien du Parlement. Cela revient à dire que les juges se doivent d'anticiper les attentes de la société (et non du Parlement), et qu'il revient, *a posteriori*, au législateur soit d'approuver, soit de les désavouer en adoptant une loi contraire.

3310. SALES (P.), « Rights and fundamental rights in English law », *op. cit.*, p. 99 ; « Partnership and challenge : the courts' role in managing the integration of rights and democracy », *op. cit.*, p. 465.
3311. LAWS (J.), « Law and democracy », *op. cit.*, pp. 92-93. John Laws décrit les valeurs devant être promues par les juges comme étant « apolitiques » c'est-à-dire qu'elles sont au dessus des frictions et conflits politiques

B. La garantie des droits face au législateur et à l'administration par deux méthodes similaires

La capacité des juges à pallier les carences de l'ordre juridique dans la protection des individus ne se perçoit pas uniquement dans l'émergence de droits nouveaux. Un tel constat serait lacunaire et, *in fine*, insatisfaisant. Les jurisprudences administratives française et anglaise enrichissent le droit et se sont érigées également en gardienne. Cette protection nécessaire pour ne pas laisser lettre morte les droits reconnus doit s'opérer à la fois vis-à-vis de l'action administrative, mais également du Parlement. Là encore, les juges ont dû assurer une certaine continuité dans l'ordre juridique, en ne censurant pas le législateur, tout en exécutant leur propre mission constitutionnelle de soumission de l'administration au respect du droit et des droits. Ce double objectif se trouve assuré tant par le Conseil d'État (1.) que par le juge ayant à connaître d'une *judicial review* (2.), créant là aussi de fortes similitudes entre les deux ordres juridiques (3.).

1. Le respect des principes généraux du droit par l'interprétation conforme et l'opposabilité

En ayant émergé très tôt dans la jurisprudence du Conseil d'État, les principes généraux du droit ont vu leur efficacité être tempérée par le nécessaire respect de la loi. Aujourd'hui, l'alignement des jurisprudences administrative et constitutionnelle rend cette problématique beaucoup moins actuelle. Néanmoins, la démarche adoptée par le juge administratif présente des traits intéressants, et très semblables au travail opéré par le juge anglais. À l'instar des « lois constitutionnelles », mais également, nous le verrons, des « droits constitutionnels », les principes généraux du droit peuvent servir à interpréter la volonté du Parlement, et à donner un sens à son silence, *via* l'interprétation conforme. Sans censurer une loi, le juge s'assure du respect des principes généraux, et semble faire émerger en leur sein une certaine hiérarchie permettant d'accentuer la portée de l'interprétation conforme (a.). La soumission directe de l'action administrative pose, *a priori*, moins de problèmes. C'est, en fait, dans le rapprochement matériel de certains actes de l'administration avec la loi, que le Conseil d'État a pu se heurter à des difficultés. En les surmontant, c'est l'ensemble de son action qu'il a pu soumettre au respect des droits (b.).

a. L'interprétation conforme de la loi au regard des principes généraux du droit

Les principes généraux ne permettent pas de contrôler directement la loi[3312]. Quelle que soit la place que l'on peut leur reconnaître dans la hiérarchie des normes, le juge ne peut être censeur de la loi sans habilitation constitutionnelle. Or, ici, tel n'est pas le cas.

Tout au plus peuvent-ils servir à interpréter la volonté du législateur, comme avec les arrêts *d'Aillières* et *Dame Lamotte*[3313]. Dans le premier, l'ordonnance du 6 avril 1945 avait modifié celle du 21 avril 1944 pour introduire un alinéa 3 à l'article 18 bis prévoyant que la décision du jury d'honneur « n'est susceptible d'aucun recours »[3314]. Après avoir qualifié les décisions de ce jury de décisions juridictionnelles, le Conseil d'État précise que « l'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'État ». Bien plus précise, cette décision apporte un enseignement supplémentaire, transposable au cas du recours pour excès de pouvoir[3315]. Le juge ne déclare pas impossible l'interdiction du recours en cassation. Cependant, celle-ci doit se faire en des termes clairs, qui ne contiennent aucune ambiguïté[3316]. À défaut, le juge continuera d'interpréter de telles dispositions comme n'excluant pas la cassation. L'affaire *Dame Lamotte* marque un pas important pour l'affermissement tant du contrôle juridictionnel, que du recours pour excès de pouvoir[3317]. En l'espèce, était en cause un arrêté de concession pris par le préfet de l'Ain, le 10 août 1944. Cet arrêté était le quatrième d'une suite d'actes de concessions successivement annulés par le juge administratif. Pour éviter une nouvelle déconvenue devant le Conseil d'État, la loi du 23 mai 1943, vient prévoir en son article 4, alinéa 2, que « l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire ». La question de la possibilité pour la requérante de contester par la voie du recours pour excès de

3312. MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, *op. cit.*, p. 93.
3313. De CORAIL (J.-L.), « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi. Observations et thèmes de réflexion », pp. 593-606, notamment pp. 597-598 et pp. 603-604 in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, *op. cit.* ; LETOURNEUR (M.), « Les « principes généraux du droit » dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *op. cit*., pp. 29-30.
3314. Le jury d'honneur avait été créé pour réhabiliter certains des parlementaires qui avaient voté la délégation de pouvoir à Pétain le 10 juillet 1940.
3315. D'ailleurs, Raymond Odent, commissaire du Gouvernement dans l'affaire *d'Aillières*, affirme dans ses conclusions le caractère de droit commun du recours pour excès de pouvoir, trois ans avant l'affaire *Dame Lamotte* (*RDP* 1947, p. 82).
3316. Cette possibilité est expressément reconnue pour le recours pour excès de pouvoir, dans l'arrêt *Falco et Vidaillac* (CE, 17 avril 1953, rec. 175 ; *RDP* 1953, p. 458, concl. Donnedieu de Vabres ; *Dalloz* 1953, p. 683 note Eisenmann (notamment p. 686)).
3317. CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte*, rec. 110 ; *RDP* 1951, p. 478, concl. Delvolvé ; GAJA 21e éd., n°57.

pouvoir l'arrêté en cause en dépit des prescriptions législatives se posait alors. De façon claire, le Conseil d'État met en évidence que la disposition en cause « n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État contre l'acte de concession ». L'interprétation qui est faite de la loi est en ce sens contestable, et « assez éloignée de celle voulue par le législateur »[3318]. Mais elle permet d'éviter un déni de justice et de protéger le droit à un recours juridictionnel effectif[3319].

Le doyen Vedel fait ressortir une idée importante de ce dernier arrêt : ces principes généraux peuvent constituer « une méthode d'interprétation en ce que le législateur n'est pas supposé avoir voulu y déroger autrement que de façon formelle et expresse »[3320]. La formule retenue dans l'arrêt *d'Aillières* est la plus claire : « l'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'État »[3321]. Nous avons déjà constaté l'importance du pouvoir d'interprétation détenu par le juge administratif. Il s'impose ici comme une méthode particulièrement efficace et souple de protection des droits.

La fonction supplétive des principes généraux du droit ne joue pas uniquement dans la mise en évidence de droits dont peut tirer avantage un individu, mais également comme élément permettant de donner un sens au silence du législateur. La reconnaissance d'un tel principe implique, par voie de conséquence, qu'est présumée l'intention du Parlement : sans volonté expresse de sa part, il se soumet au respect du principe dégagé par le juge. En somme, le « *respect supposé* par le législateur *des principes généraux du droit* » constitue un élément important pour en garantir la substance[3322]. C'est ainsi qu'un texte de valeur législative prévoyant des sanctions est présumé, en l'absence de dispositions contraires, admettre l'application du principe général des droits de la défense[3323]. La dimension interprétative des principes généraux est en corrélation avec leur mode d'élaboration par le juge : puisqu'ils ne sont pas créés *ex nihilo*, mais présents dans l'ordre juridique, le législateur en a connaissance ; dès lors, s'il voulait s'en écarter, il n'aurait qu'à le préciser, et ce même avant leur reconnaissance formelle par le Conseil d'État[3324]. De là, il en découle que le

3318. BATAILLER (F.), *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*, thèse, LGDJ, Paris, 1966, 675 pages, p. 130.
3319. Voir en ce sens la décision du Conseil constitutionnel qui lie recours pour excès de pouvoir et article 16 de la DDHC : CC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, n° 96-373 DC, cons. 85.
3320. Note sous l'arrêt *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie et autres* (CE, Ass., 4 avril 1952 rec. 210 ; *Dalloz* 1952, n°7138).
Jean Rivero note également que, toute utile qu'elle soit, l'interprétation est parfois « inutilisable » car « la loi va contre les principes, et nulle exégèse ne peut voiler cette contradiction » : RIVERO (J.), « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *op. cit.*, p. 23.
3321. CE, Ass., 7 février 1947, *d'Aillières*, rec. 50 ; GAJA 21e éd., n°55.
3322. GENEVOIS (B.), « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002, pp. 877-886, p. 882 (C'est l'auteur qui souligne).
3323. CE, Ass., 23 octobre 1964, *D'Oriano*, rec. 486.
3324. Ainsi Maxime Latournerie pouvait-il affirmer : « il faut, avant tout, se rappeler que le Conseil d'État est un juge et qu'il est, comme tout juge, soumis à la loi ; dès lors, lorsqu'il applique des principes généraux non écrits et qu'il leur

silence des textes peut amener le juge à étendre l'application d'un principe général. Ainsi, le principe d'assistance que doit l'administration aux agents publics en cas de mise en cause pénale par un tiers est étendue aux magistrats de l'ordre judiciaire et ce « dans le silence, sur ce point, de leur statut et en l'absence de tout principe y faisant obstacle »[3325].

La réserve de la « volonté clairement manifestée » permet de conserver la supériorité du Parlement sur le juge. Schématiquement, si le premier ordonne, le second ne peut que se plier à ses exigences. L'interprétation n'est pas un outil de contrôle de la validité. C'est exactement ce qu'affirme, une fois encore, le doyen Vedel : « les principes généraux du droit ne sont pas pour le Conseil d'État des règles de droit supra-légales ou supra-constitutionnelles. Le législateur et, *a fortiori*, le constituant peuvent y déroger »[3326]. Ainsi, la même année que l'arrêt *Dame Lamotte*, le Conseil d'État a admis la rétroactivité d'un décret, prévue explicitement par une loi ; de même, il a affirmé que si le recours hiérarchique est présumé toujours ouvert, c'est « à défaut de dispositions contraires de la loi et conformément aux principes généraux du droit »[3327].

La notion de « volonté clairement manifestée » du législateur est soumise à l'interprétation du juge. *In fine*, c'est lui qui détermine si les termes employés par le Parlement sont suffisamment exprès, clairs et précis. Il revient au juge de décider si le principe général peut ou non céder le pas à la loi, au regard du contexte de chaque affaire. L'importance du droit protégé par le principe général peut conduire le juge à s'autoriser une interprétation tendant plus ou moins vers le *contra legem*. Ainsi, concernant le principe de légalité, garanti par l'arrêt *Dame Lamotte*, le commissaire du Gouvernement Delvolvé y voyait « le principe le plus important peut-être de notre droit public », le conduisant à affirmer qu' « il s'impose au législateur lui-même parce qu'une loi qui le méconnaîtrait contiendrait en elle-même un principe de contradiction, puisqu'elle permettrait aux autorités administratives d'agir arbitrairement au mépris des règles de fond ou de forme posées par elle »[3328]. De cette affirmation, il en découle la nécessité de préserver le contrôle juridictionnel « qui en est la

---

confère la valeur de textes de droit positif, il ne peut le faire que par interprétation de la volonté du législateur ; il ne peut le faire que parce qu'il estime que ces principes correspondent à cette volonté et que s'ils n'ont pas été écrits, c'est que leur existence est si certaine, si évidente qu'elle n'a pas besoin d'être matériellement constatée par un texte » (LETOURNEUR (M.), « Les « principes généraux du droit » dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit*., p. 29).

3325. CE, 11 février 2015, *Ministre de la justice c. M.C*., rec. 60 (cons. n°2).

3326. *Dalloz* 1952, n°7138.

LETOURNEUR (M.), *ibid* : l'auteur précise que « si, par un texte écrit, le législateur contredit un principe général, le juge ne peut que s'incliner » (p. 30).

3327. Respectivement : CE, 8 mars 1950, *Sieur Litaudon*, rec. 147 ; CE, Sect., 30 juin 1950, *Quéralt*, rec. 413.

3328. *RDP* 1951, pp. 478-488, p. 484. Plus loin, il confirme que dans ce cas « une telle loi se détruit elle-même » (p. 485).

Le droit au recours était doublement en cause dans l'affaire, car la loi du 23 mai 1943 avait pour objet de fermer la porte aux contestations contentieuses, en réaction à des décisions de justice, auxquelles l'administration avait fait échec.

garantie indispensable »[3329]. L'importance de ce droit se reflète postérieurement en jurisprudence : le Conseil d'État a pu parler du « principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours juridictionnel »[3330]. Si, comme le note Jean-Marc Maillot, « le Conseil d'État ne peut, en théorie, sanctionner la méconnaissance par le législateur d'un principe à valeur constitutionnelle », il peut toutefois être plus exigeant quant à la précision et la clarté des termes permettant d'en exclure l'application[3331]. Le droit au recours en est l'expression la plus claire, car comme le rappelait le commissaire du Gouvernement Delvolvé, il est en fait consubstantiel à l'idée de respect de la loi, et plus généralement du droit. Il constitue « la première des libertés parce qu'elle est la garantie de toutes les autres »[3332]. La reconnaissance de la valeur supérieure de certains principes généraux permet ainsi « lorsque la loi est ambiguë, lorsqu'elle est susceptible de deux lectures » de permettre au juge de faire « prévaloir l'interprétation conforme aux principes »[3333]. Il faut donc une volonté claire du législateur pour écarter ces principes supérieurs, une volonté tellement limpide qu'aucune interprétation n'est en fait possible. Il y a donc une présomption pesant sur le Parlement, selon laquelle il adopte des lois conformément à ces principes ; ainsi, et d'une façon très similaire aux propos des Lords dans l'affaire *Jackson*, « on pourrait exiger, pour admettre le contraire, qu'une volonté si absurde fut exprimée par une parfaite clarté, avec une netteté absolue et de la façon la plus certaine »[3334]. Mais il nous semble qu'il faille ailler plus loin et affirmer que dans des cas exceptionnels, même une loi ne pouvant recevoir qu'une seule lecture possible verra ses effets être limités afin de laisser sa place au principe général écarté. Le juge a toujours la possibilité, par l'interprétation, de jouer sur les mots employés par le législateur. Celui-ci ne pourra être suffisamment clair, précis et exhaustif pour exclure entièrement tout droit au recours. Toutefois, cela ne signifie pas que tous les principes ayant une telle valeur constitutionnelle reçoivent un tel traitement de la part du juge administratif. Cette qualification peut découler d'une reconnaissance de l'inscription au niveau constitutionnel de tel ou tel principe. En cela, le Conseil d'État cherche surtout « l'unification du droit public »[3335].

L'interdiction d'un contrôle de la loi apparaît fortement limitée par ces éléments ; les nécessités d'une affaire, notamment la défense des droits, peuvent pousser le juge à faire preuve d'un certain activisme, et à courber la volonté du législateur. Mais, en ayant recours à

3329. *ibid*., p. 484.
3330. CE, Sect., 28 juillet 2000, *E.A.*, rec. 347.
3331. MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, *op. cit.*, p. 93.
3332. DONNEDIEU de VABRES (J.), « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *op. cit.*, p. 43.
3333. *ibid*., p. 80.
3334. *RDP* 1951, p. 485 (concl. Delvolvé).
3335. MAILLOT (J.-M.), *ibid.*, p. 80.

l'interprétation, il peut légitimer sa volonté en l'inscrivant dans la continuité du texte législatif, et non en opposition avec lui. Le juge préserve, en cela, une certaine continuité.

b. L'obligation pour l'administration de respecter les principes généraux du droit

Il n'est pas possible ici de reprendre, en détail, le débat sur la valeur de ces principes[3336]. Ce qu'il faut avant tout constater, c'est que ces principes doivent être respectés par l'administration[3337]. Telle est la position du Conseil d'État sur ce sujet, dès lors que « contrairement à l'opinion répandue, quand le juge administratif reconnaît à un énoncé la qualité de « principe général », il ne préjuge en rien de la valeur du principe concerné, si ce n'est sa supériorité sur les règlements. Il garde ainsi la maîtrise de sa théorie et préserve son adaptation parfaite au contrôle »[3338]. L'arrêt *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, rendu par le Conseil d'État en 1959, va poser cette supériorité sur les actes réglementaires[3339]. Les juges du Palais Royal y précisent que « les principes généraux du droit qui, résultant notamment du préambule de la Constitution, s'imposent *à toute autorité réglementaire* même en l'absence de dispositions législatives »[3340]. Cette affirmation est aussi ferme qu'importante, eu égard au cadre dans lequel elle est prononcée. La Constitution de 1958 a innové en prévoyant que le pouvoir réglementaire pouvait agir dans tous les domaines qui n'étaient pas attribués au législateur. La question s'est alors posée de savoir si, bien qu'étant soumis à la Constitution et aux conventions internationales[3341], ils pouvaient aussi être contrôlés par le juge de l'excès de pouvoir, au regard des principes généraux du droit. La réponse apportée est donc positive. De fait, grâce à l'arrêt *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, « dans l'exercice de sa

3336. MAILLOT (J.-M.), *ibid.*, pp. 65-93 ; WACHSMANN (P.), « La jurisprudence administrative », pp. 563-598, notamment pp. 579-589 in *Traité de droit administratif*, t. I, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *op. cit*.
3337. *ibid*., p. 75 : « Que l'on admette avec René Chapus que les principes généraux du droit ont une valeur infralégislative et supra-décrétale ou que l'on reconnaisse avec le Commissaire du Gouvernement Dondoux leur valeur législative, ils s'imposent au pouvoir réglementaire dans toutes ses facettes ».
Le débat sur leur place dans la hiérarchie des normes a, avant tout, comme origine la volonté du commissaire du Gouvernement Fournier de veiller à leur respect par les actes réglementaires autonomes (*RDP* 1959, pp. 1004-1017 concl. Fournier sur l'arrêt *Syndicat général des ingénieurs-conseils* (CE, Sect., 26 juin 1959, rec. 394 ; GAJA 21e éd., n°71). Pour le commissaire du Gouvernement, il y a en somme trois catégories de principes : ceux pouvant être écartés par un acte réglementaire (principes supplétifs), ceux pouvant l'être par une loi (principes interprétatifs) et enfin ceux ayant valeur constitutionnelle, qui s'imposent aux actes réglementaires autonomes (*op. cit.*, pp. 1011-1012).
Voir : CHAPUS (R.), « De la soumission au droit des règlements autonomes », *Dalloz* 1960, pp. 119-126 ; « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des règles jurisprudentielles en droit administratif », *Dalloz* 1966, pp. 99-106 ; JEANNEAU (B.), « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *op. cit*., pp. 34-36 ; BRAIBANT (G.), « L'arrêt « Syndicat général des ingénieurs-conseils » et la théorie des principes généraux du droit », *EDCE* 1962, pp. 67-71 ; LOSCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, pp. 104-109.
3338. *idem*.
3339. CE, Sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, rec. 394 ; GAJA 21e éd., n°71.
3340. C'est nous qui soulignons.
3341. CE, Sect., 12 février 1960, *Société Eky*, rec. 101.
CHAPUS (R.), « De la soumission au droit des règlements autonomes », *Dalloz* 1960, pp. 119-126, p. 119.

compétence, le titulaire du pouvoir réglementaire autonome est tenu au respect des principes généraux du droit »[3342]. Est-ce à dire pour autant que les actes administratifs sont soumis, sans réserve, à tous les principes généraux du droit ?

La réponse peut être en partie nuancée. Si l'on se réfère aux conclusions du commissaire du Gouvernement Dondoux dans l'affaire *GISTI* de 1978, certaines règles, bien qu'applicables en l'absence de texte, peuvent être écartées par décret c'est-à-dire par un acte administratif[3343]. Sont concernées principalement les règles générales de procédure applicables devant les juridictions administratives[3344]. Il en va ainsi de l'interdiction pour un juge de siéger au sein d'un organe juridictionnel qui a à connaître d'une décision à laquelle il a participé[3345], ou encore la nécessité pour un tel organe d'être composé d'un nombre impair de membres[3346]. Plus largement, elles permettent d'organiser les procédures précontentieuses[3347]. Cependant, le commissaire du Gouvernement réserve l'appellation de « principes généraux du droit » à tous les principes ayant une valeur supra-décrétale. En ce sens là, dès qu'un principe est qualifié comme tel, il s'impose à l'administration, qui ne peut y déroger.

Il semble donc qu'il faille réserver la dénomination de « principes généraux du droit » à ceux des principes qui s'imposent au moins à l'administration. En cela, ces principes sont bien des « règles fondamentales », « s'imposant aux autorités administratives », pour reprendre la définition de Jeanneau. Les « règles générales de procédure » ont, elles, une valeur supplétive à l'égard du pouvoir réglementaire, dans une logique similaire à celle qu'ont les principes généraux vis-à-vis du législateur. Cette distinction entre ces deux ensembles illustre, selon nous, cette idée que le Conseil d'État fait émerger des règles qu'il est possible de classer une échelle, en fonction de leur importance normative. Il n'y a pas de différence nette entre elles, si ce n'est leur valeur c'est-à-dire leur capacité à s'imposer, avec plus ou moins de fermeté, à l'égard d'une autorité normative.

3342. CHAPUS (R.), « De la soumission au droit des règlements autonomes », *op. cit.*, p. 123.

3343. CE, Ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, rec. 493, concl. Dondoux, GAJA 21e éd., n°82. Selon le commissaire du Gouvernement, les principes généraux du droit peuvent se classer en trois catégories, selon leur place dans la hiérarchie des nomes : d'une part, il y a les règles qui s'imposent en l'absence de texte, qui peuvent être écartées par un acte réglementaire ; les principes généraux du droit au sens strict, que seul le législateur peut écarter ; enfin, les principes généraux à valeur constitutionnelle qui s'imposent au Parlement (rec., p. 503). Cette nomenclature était déjà largement esquissée par le commissaire du Gouvernement Fournier dans ses conclusions sur l'arrêt *Syndicat des ingénieurs-conseils*.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, pp. 116-120 : l'auteur parle de principes généraux du droit supplétifs.

3344. CE, Sect., 2 mars 1973, *Demoiselle Arbousset*, rec. 189 : « Lorsqu'elle prend ainsi des décisions juridictionnelles, cette commission est tenue, même en l'absence de texte, d'observer toutes les règles générales de procédure dont l'application n'a pas été écartée par une disposition formelle ou n'est pas inconciliable avec son organisation ».

Voir également : CE, 26 octobre 2005, *Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat*, rec. t. 960.

3345. CE, Sect., 2 mars 1973, *Demoiselle Arbousset*, rec. 189.

3346. CE, Sect., 23 janvier 1959, *Derambure*, rec. 68.

3347. CE, Sect., 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, rec. 399.

L'administration se trouve donc soumise au respect des principes généraux. Par exemple, est contraire au principe d'égalité, l'arrêté de la ministre de la Santé qui traite différemment les établissements publics et les établissements privés de santé, alors que cela est sans rapport avec l'objet même de l'arrêté[3348]. Ce même principe interdit au pouvoir réglementaire de limiter l'accès à des emplois contractuels de l'État et de ses établissements situés à l'étranger aux personnes âgées de plus de cinquante-cinq ans, en l'absence de motif particulier[3349]. Sur son fondement, le Conseil d'État a également annulé les dispositions d'un décret privant les artisans étrangers, non communautaires, de la qualité d'électeur lors des élections ayant lieu dans les chambres des métiers et de l'artisanat[3350]. D'ailleurs, le principe d'égalité apparaît tellement important aux yeux des juges qu'ils acceptent de connaître d'une mesure d'ordre intérieur concernant un agent public si elle est constitutive d'une discrimination[3351]. Il y a ici un heureux couplage entre le droit au recours et le respect du principe d'égalité. L'arrêt *Barel* illustre la possibilité pour le juge de s'appuyer sur ce dernier pour protéger la liberté de conscience et d'opinions des candidats à un emploi public[3352].

Dans d'autres domaines, la personne publique est soumise au respect d'un principe général du droit l'obligeant à chercher à reclasser un agent public dont l'emploi est supprimé[3353]. De même, nous avons déjà vu qu'elle se doit de respecter les droits de la défense lorsqu'elle prend une mesure de sanction[3354]. La liberté d'exercer une activité professionnelle interdit au pouvoir de police de créer des régimes d'autorisation préalable, en l'absence d'autorisation législative[3355]. Si le principe d'unité de la famille ne permet pas de faire jouir les ascendants du statut de réfugié, en revanche il en découle le droit d'être autorisé à séjourner sur le territoire national avec leur enfant mineur ayant ce statut[3356].

2. Les outils de garanties des droits de *common law* : le « principe de légalité » et le « contrôle plus poussé »

Il est apparu nécessaire aux juges d'adapter leur mode de contrôle afin de soumettre

3348. CE, 30 juin 2015, *Assistance Publique – Hôpitaux de Paris*, rec. t. 541.
3349. CE, 24 janvier 2011, *Mme Constanty*, rec. t. 751.
3350. CE, Ass., 31 mai 2006, *GISTI*, rec. 268.
3351. CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme B.*, rec. 322 ; *RFDA* 2015, pp. 1107-1114, concl. Pelissier ; *RFDA* 2016, pp. 75-81, note B. Defoort.
3352. Sur cette affaire, voir *supra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, I, D.
CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, rec. 308, concl. Fournier ; GAJA 21e éd., n°65.
3353. CE, 22 octobre 2014, *Ministre de l'éducation nationale c. Mme Bernard*, rec. t. 504.
3354. Voir *supra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, I, C.
3355. CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, rec. 362 ; GAJA 21e éd., n°61.
3356. CE, Avis, 20 novembre 2013, *Epoux Fall*, rec. 292.

l'exécutif aux exigences de la *common law*, tout en respectant la souveraineté du Parlement[3357]. À ce titre, la *judicial review* repose sur deux techniques déjà mentionnées : un principe d'interprétation conforme de la loi (a.), et un principe visant à permettre un « contrôle plus poussé » du caractère déraisonnable des décisions administratives (*anxious scrutiny*) (b.)[3358]. La *common law* oscille donc entre continuité des techniques, et développement de leur utilisation, mais aussi de la substance des droits protégés. L'extension de l'interprétation conforme et l'intensification du contrôle « représentent des développements importants de la common law afin d'actualiser les valeurs protégées par d'anciennes techniques »[3359]. En donnant corps à la *common law*, les juges se font les promoteurs d'une vision plus substantielle de la *rule of law*[3360].

a. Le « principe de légalité » : un principe d'interprétation conforme

Les « droits constitutionnels » jouissent d'une protection similaire aux « lois constitutionnelles » de l'affaire *Thoburn*. Plus exactement, c'est le régime de ces dernières qui a été calqué sur celui des droits, ceux-ci étant chronologiquement antérieurs. La logique est donc toute similaire : lorsqu'il légifère, le Parlement est présumé vouloir respecter ces droits. Dès lors, en conférant un pouvoir à une autorité publique, celle-ci doit les respecter, et ne pas y porter une atteinte non autorisée expressément par la loi. Cette méthode de protection des droits est connue en Angleterre par l'utilisation de l'expression « principe de légalité » (*principle of legality*)[3361]. Elle est liée à la méthode d'identification des droits : ceux-ci sont censés être constatés par les juges. Même si cette affirmation est, en grande partie, fictive, elle permet de présumer, tout aussi fictivement, que le Parlement a entendu légiférer dans le respect de ces droits ; dans le cas contraire, il aurait émis

3357. C'est ce que Lord Browne-Wilkinson résume sous l'expression « half-way Bill of Rights » : Lord Browne-Wilkinson, « The infiltration of a Bill of Rights », *op. cit.*, p. 402.
3358. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, pp. 174-185 ; MOUNTFIELD (H.) et BELOFF (M. J.), « Unconventional behaviour ? Judicial uses of the European Convention in England and Wales », *op. cit* ; ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 209-218 ; « Beyond the European Convention : Human Rights and the Common Law », *op. cit.*, notamment pp. 10-18 ; DYZENHAUS (D.), HUNT (M.) et TAGGART (M.), « The principle of legality in Administrative law : Internationalisation as Constitutionalisation », *Oxford University of Commonwealth Law Journal* 2001, pp. 5-34 ; O'CINNEIDE (C.), « Human Rights and The UK Constitution », voir pp. 79-81 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit.* ; BJORGE (E.), « Common law rights : balancing domestic and international exigencies », *CLJ* 2016, pp. 220-243 ; FENWICK (H.), *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, *op. cit.*, pp. 109-117.
3359. HUNT (M.), *ibid.*, p. 184.
3360. LAWS (J.), « Wednesbury », pp. 185-201 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC,* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.*
3361. SALES (P.), « A comparison of the principle of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998 », *LQR* 2009, pp. 598-615 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 573.
R. v. Secretary of State for the Home Department , ex p. Simms [2000] 2 AC 115, p. 130 (Lord Steyn) et p. 131 (Lord Hoffmann).

une volonté expresse contraire. Grâce à ces fictions, les juges peuvent concilier la souveraineté du Parlement et le respect des valeurs de la *rule of law*[3362]. On retrouve ici une logique similaire à celle qui anime le juge administratif faisant usage des principes généraux du droit.

Cette logique n'est pas nouvelle. Elle avait déjà été utilisée, notamment dans l'affaire *Anisminic* : le *Foreign Compensation Act* 1950 contenait une section 4(4) prévoyant que les « déterminations » de la *Foreign Compensation Commission*, qui devait statuer sur les demandes d'indemnisation pour les propriétaires anglais dont les biens avaient été expropriés à l'étranger, « ne pouvaient faire l'objet d'aucun recours devant les cours »[3363]. Pour contourner cette clause, sans remettre en cause la souveraineté du Parlement, les juges vont interpréter le sens du terme « détermination ». Ils vont alors affirmer que le Parlement a entendu dire par « détermination », « une vraie détermination pas une prétendue détermination »[3364]. Cela exclut du champ de la clause les « fausses déterminations », c'est-à-dire celles qui sont entachées d'une erreur. Ainsi, « les cours, en décidant qu'une « décision » est « nulle », ne remettent pas en cause la clause »[3365]. En somme, dès lors que la décision est erronée, elle est nulle et donc la clause ne joue pas[3366]. En donnant cette interprétation du terme « détermination », les cours contournent la barrière posée par le législateur. Sans être remise en cause, elle est vidée de son effet principal. Pourtant, cela se fait dans le respect de la volonté du Parlement. Les « déterminations », au sens de la loi, n'incluent pas les déterminations qui sont nulles. Cette affaire est un exemple topique de la portée que peuvent avoir les interprétations constructives des termes d'un texte[3367].

L'affaire *Leech (No.2)* constitue une confirmation de ce jugement sur le fond[3368]. Toutefois, la motivation, développée par Steyn J, est quelque peu différente. Le droit au recours ayant été reconnu au titre des « droits constitutionnels », l'opposition avec la loi y est plus nettement affirmée.

3362. JOWELL (J.), « The Rule of Law », voir pp. 27-36 in *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, *op. cit*.
3363. « shall not be called in question in any court of law ».
3364. *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147, p. 199 (Lord Pearce).
3365. *ibid.*, p. 208 (Lord Wilberforce).
3366. La clause joue en fait, mais a un effet limité. Elle exclut la possibilité de contrôle les erreurs apparentes à la lecture du dossier. Sur ce cas d'ouverture, voir *supra* : Partie I, Titre II, Chapitre II, Section I, II, B, 2.
3367. Le raisonnement développé par les juges repose sur une construction particulière de l'intention du Parlement. La même attitude se retrouve dans la décision *Gilmore*, rendue à propos d'une clause de finalité (*R. v. Medical Appeal Tribunal, ex p. Gilmore* [1957] 1 QB 574). Lord Denning MR y affirme ainsi que le *certiorari* « n'est jamais remis en cause par la loi sauf si elle utilise les termes les plus clairs et les plus explicites (*ibid*., p. 583). Le terme « final » n'est pas suffisant. Cela signifie « sans appel ». Cela ne signifie pas « sans recours au certiorari ». La décision est rendue « finale » sur les faits, mais pas sur le droit ». En distinguant les questions de fait, contrôlées par l'appel, et les questions de droit, qui relèvent du *certiorari*, le juge peut en conclure que la clause ne concerne que l'appel. Là encore, pour la contourner, le raisonnement repose sur une lecture particulière de l'intention du Parlement. Cependant, il est nécessaire que la clause soit claire et sans ambiguïté, c'est-à-dire qu'aucune interprétation ne soit ni possible, ni nécessaire.
3368. *R. v. Secretary for State for the Home Department, ex p. Leech (No.2)* [1994] QB 198.

Il n'est plus question pour les juges d'interpréter, voire même de déconstruire un terme, pour veiller à la protection du droit au recours. Dans l'affaire *Leech (No.2)*, la Cour d'Appel met en évidence que la loi en cause, précisément la section 47(1) du *Prison Act* de 1952, avait confié un large pouvoir discrétionnaire au ministre de l'Intérieur, pour prendre les réglementations nécessaires à la gestion de la vie carcérale. Les actes, pris en conséquence, octroyaient la possibilité pour le directeur de la prison de lire la correspondance des détenus, sauf celle entretenue avec son avocat pendant une procédure judiciaire, à moins que le directeur ne soit convaincu que la correspondance saisie n'a pas de rapport avec cette procédure. Or, pour la Cour d'Appel, la loi de 1952 ne permet pas d'autoriser de telles interceptions, que ce soit expressément ou par implication nécessaire[3369]. Mais, le jugement de Steyn J va plus loin que cela, et érige une hiérarchie des droits. Le juge note que « plus le droit en cause est fondamental, et sa limitation importante, plus la remise en cause par l'implication deviendra difficile »[3370]. La capacité du pouvoir réglementaire délégué à prévoir certaines limites à l'exercice des droits est strictement encadrée. Trois situations sont exposées[3371] : d'une part, la confidentialité des correspondances, au sens général, n'est pas un droit fondamental et peut se voir limiter au sein des prisons ; d'autre part, la correspondance entre un avocat et un individu doit être protégée au titre des droits de *common law*, et ainsi permettre d'interpréter la loi à sa lumière. Concernant ces deux situations, le juge admet que la loi de 1952 a délégué un pouvoir réglementaire suffisant pour limiter ces deux droits. En revanche, le troisième est « constitutionnel », et correspond au droit des individus d'entretenir une correspondance avec leur avocat dans le cadre d'une procédure judiciaire, possible ou en cours. Vu comme indissociable du droit d'accès aux cours, il doit être protégé avec la plus grande des forces. En l'espèce, la loi de 1952 n'a pu permettre sa limitation. Le jugement de Steyn J met en évidence une volonté de protéger avec plus de force certains droits, en adaptant à cette fin le « principe de légalité ». La loi d'habilitation devra être particulièrement claire pour autoriser une limitation d'un droit constitutionnel par l'autorité administrative. De même, cette nécessité varie en fonction de l'importance de l'atteinte portée au droit. Il y donc deux variables d'ajustement permettant de requérir plus ou moins de clarté dans les termes de la loi.

Le jugement de Laws J rendu en 1998 dans l'affaire *Witham*, précurseur de celui qu'il rendra dans *Thoburn*, semble aller plus loin[3372]. Le Lord Chancelier avait pris diverses mesures

3369. *ibid*., p. 209.
La nécessité de termes clairs pour pouvoir remettre en cause le droit fondamental d'accéder aux cours avait déjà été affirmée, en dehors de la *judicial review*, dans l'affaire *Raymond v. Honey* ([1983] 1 AC 1).
3370. *idem*.
Voir pour une affirmation antérieure : *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Anderson* [1984] QB 778.
3371. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, pp. 179-180 ; OWEN (T.), « Prisoners and Fundamental Rights », *JR* 1997, pp. 81-85.
3372. *R. v. Lord Chancellor, ex p. Witham* [1998] QB 575.

d'organisation des recours, ayant notamment pour conséquence de rendre leur utilisation plus coûteuse et de diminuer les possibilités d'exonération des coûts procéduraux. Niant l'utilité de la Convention européenne ici, au motif que la *common law* ne protège pas moins le droit d'accéder à une cour, Laws J relève : « la notion de droit constitutionnel peut, d'après moi, tenir dans cette seule proposition, que le droit en question ne peut être abrogé par l'État sauf en vertu d'une disposition spécifique d'une loi du Parlement, ou par des règlements dont l'autorité compétente reçoit spécialement de la loi le pouvoir d'abrogation. Des termes généraux ne suffiront pas »[3373]. En somme, l'exécutif ne peut remettre en cause ce droit, sauf habilitation expresse du Parlement[3374]. Le jugement de Laws J paraît, sur ce point, aller plus loin que l'affaire *Leech (No.2)* puisqu'il dénie toute possibilité d'abrogation par implication nécessaire[3375]. Récemment, c'est une position similaire qui a été adoptée par la Cour Suprême, annulant un acte général pris par le Lord Chancelier et visant à introduire des frais de justice élevés pour introduire certains recours. L'acte limitait le droit d'accès à certaines juridictions d'une façon excessive, et ce, en l'absence d'une autorisation claire du Parlement, portant atteinte, de ce fait, à la *rule of law*[3376].

Les juges ne protègent pas uniquement le droit d'accès aux cours. Dans l'affaire *Simms*, c'est la liberté d'expression d'un détenu qui était mise en cause[3377]. Le Secrétaire d'État avait interdit, sur le fondement du *Prison Service Standing Order 5* de 1996, les visites d'un journaliste, dont la personne détenue avait demandé l'assistance pour mettre en évidence l'injustice dont il se disait victime. Lord Steyn fait de la liberté d'expression un « droit premier » dans une démocratie, « sans lequel la rule of law n'est pas possible »[3378]. Appliquant le « principe de légalité », il en conclut que si les règles sur lesquelles le Secrétaire d'État s'appuie ne sont pas illégales, leur application l'est, car rien n'autorise d'exclure ainsi un tel droit fondamental[3379]. Le fait que la venue du journaliste puisse troubler la vie carcérale n'est pas une raison suffisante eu égard à l'importance de sa venue, à savoir mettre à jour une erreur judiciaire[3380]. Lord Hoffmann s'intéresse plus abstraitement au

---

Sur cette affaire, voir en particulier : ELLIOTT (M.), « Reconciling Constitutional Rights and Constitutional Orthodoxy », *CLJ* 1997, pp. 474-477.
Sur le lien entre elle et l'affaire *Thoburn*, notamment en ce qu'elles conduisent à garantir des valeurs jugées fondamentales : ELLIOTT (M.), « Embracing 'Constitutional' Legislation : Towards Fundamental law ? », *Legal Studies Research Paper Series*, août 2014, 21 pages, pp. 9-11.
3373. *ibid*., p. 581.
Pour ce qui est du traitement de la jurisprudence de la Cour européenne, et de son inutilité en l'espèce, voir p. 585.
3374. *ibid*., p. 585.
3375. *ibid*., pp. 585-586 : citant expressément l'affaire *Leech (No.2)*.
3376. *R. (on the application of UNISON) v. Lord Chancellor* [2017] UKSC 51.
3377. *R. v. Secretary of State for the Home Department , ex p. Simms* [2000] 2 AC 115.
3378. *ibid*., p. 125. Il parle plus loin d'un droit « de base » qui est « fondamental » (p. 130).
3379. *ibid*., pp. 130-131.
3380. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Simms* [2000] 2 AC 115, p. 129.

« principe de légalité » dans son jugement[3381]. Il y affirme plusieurs idées fortes : le Parlement peut, en effet, remettre en cause les droits individuels, puisqu'il est souverain ; toutefois, le « principe de légalité » l'oblige à le faire expressément, car ainsi « il doit faire face à ce qu'il fait et en accepter le coût politique » ; dès lors, « les droits fondamentaux ne peuvent être remis en cause par des termes généraux ou ambigus », au risque sinon qu'une telle loi ait une portée dont les conséquences n'auraient pas pu être mesurées lors de la procédure d'adoption. Lord Hoffmann donne une coloration nettement politique au « principe de légalité ». Il ne constitue pas tant une méthode de protection des droits qu'une obligation procédurale pour le Parlement. C'est que, pour le Lord, la souveraineté du Parlement est avant tout un élément politique et non juridique ; elle conduit le législateur à être soumis à des contraintes politiques. Les juges y veillent, mais ne peuvent imposer eux-mêmes de telles limites. Une telle précision éloigne Lord Hoffmann des juges Laws et Steyn, dont les jugements sont bien plus ancrés dans une vision basée avant tout sur la *common law*. Il admet d'ailleurs, à la différence de Laws J qu'une loi peut remettre en cause de tels droits par « implication nécessaire » (*necessary implication*). Dans ce cas, il n'est pas nécessaire que le texte contienne expressément la volonté de les limiter ; il suffit que leur restriction ressorte naturellement des conséquences de son exécution. La contrainte pesant sur le Parlement apparaît moins forte.

Le « principe de légalité » n'a pas été remis en cause par l'adoption du *Human Rights Act*. Dans les cas où la Convention européenne ne trouve pas à s'appliquer, il constitue une méthode utile d'interprétation de la loi, au regard des principes constitutionnels. L'affaire *Evans* en constitue un bon exemple : Lord Neuberger y affirme, avec force, s'appuyant sur l'affaire *Jackson*, que pour pouvoir permettre à un membre de l'exécutif de remettre en cause une décision prise par un organe judiciaire, la loi doit utiliser des termes « clairs comme du cristal »[3382], interdisant de donner une telle portée à un texte usant de « termes ambigus ou généraux »[3383]. Décider autrement reviendrait à mettre en péril la *rule of law*[3384]. De même, la section 1 du *United Nations Act* de 1946 autorisant le Gouvernement à agir par voie de décret (*Order in Council*) pour appliquer les résolutions du Conseil de sécurité ne permet pas au ministre des Finances de prendre un acte gelant les avoirs de personnes envers lesquelles il a « des raisons de croire » qu'elles sont des terroristes ; une telle

3381. *ibid*., pp. 131-132.
3382. Cette expression se retrouvait également dans l'affaire *Jackson*, dans le jugement de Lady Hale : *R. (on the application of Jackson) v. Attorney General* [2006] 1 AC 262, [159].
Voir également le jugement de Lord Steyn dans l'affaire *Pierson*, déclarant que le Parlement est présumé légiférer conformément à la *rule of law*, sauf à utiliser « les dispositions les plus claires » (*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex. p. Pierson* [1998] AC 539, p. 591).
3383. *R. (on the application of Evans) v. Attorney General* [2015] UKSC 21, [58].
Voir également le jugement de Lord Reed dans l'affaire *Axa General Insurance Ltd v. The Lord Advocate* ([2011] UKSC 46, [152]).
3384. *ibid*., [51].

décision porte atteinte à leur autonomie et leur droit de propriété, sans autorisation législative claire[3385]. Dernièrement, c'est également de cette manière que les juges de la Cour Suprême ont rendu nécessaire l'habilitation du Gouvernement par le Parlement afin d'actionner l'article 50 du Traité de l'Union européenne : puisque la sortie de l'Union européenne va conduire à remettre en cause les droits en découlant, notamment la libre circulation des personnes, une loi claire et expresse est nécessaire[3386].

Néanmoins, le « principe de légalité » ne semble pas aussi efficace que la section 3 de la loi de 1998[3387]. Comme le relève Philip Sales dans son étude, le « principe de légalité » est avant tout porté vers une lecture restrictive de la loi[3388]. Son objet est de limiter les interférences avec les droits fondamentaux, qui sont essentiellement des droits-libertés. Il n'a pas vocation à étendre l'application d'une loi pour étendre la jouissance d'un droit par exemple.

La garantie des droits *via* le « principe de légalité » n'est pas, en effet, des plus sûres. Elle dépend largement de l'interprétation de la loi, ainsi que de la recherche de l'intention de son auteur. Or, ces deux exercices se révèlent être particulièrement subjectifs et variables suivant les juges et le contexte de l'affaire. Dans le cas *Anufrijeva*, Lord Steyn relève qu'il a vocation à s'appliquer dans cette affaire[3389]. Alors que la loi affirmait que la décision de rejet de la demande d'asile du requérant, mettant fin à ses droits à indemnisation, était considérée comme prise au moment de son enregistrement dans le dossier, la Chambre des Lords a interprété le terme « enregistré » comme incluant l'obligation de notification. Ainsi, une décision ne peut pas être « enregistrée » avant d'avoir été « notifiée »[3390]. Lord Bingham rend en revanche un jugement dissident, considérant les termes suffisamment clairs et précis. Ce même Lord va affirmer dans l'affaire *Gillan*, que le *Terrorism Act* de 2000, permettait à l'autorité de police de prendre des actes « opportuns » en

3385. *R. (on the application of Youssef) v. HM Treasury* [2010] UKSC 2.
Sur le fondement du « principe de légalité », la Cour Suprême a récemment donné un sens restreint aux dispositions de la loi autorisant les services fiscaux à communiquer certaines informations personnelles des contribuables : *R. (on the application of Ingenious Media Holdings plc and another) v. Commissioners for Her Majesty's revenue and Customs* [2016] UKSC 54, voir notamment [17] – [25] (Lord Toulson, jugement rendu à l'unanimité).
3386. *R. (on the application of Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, [87] (Lord Neuberger).
Voir les articles de Erik Bjorge et de John Bell dans le dossier consacré par la Revue Française de Droit Administratif à la Cour suprême : *RFDA* 2017, pp. 213-228.
3387. SALES (P.), « A comparison of the principle of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998 », *LQR* 2009, pp. 598-615 ; CLAYTON (R.), « The empire strikes back : common law rights and the Human Rights Act », *PL* 2015, pp. 3-12 ; ELLIOTT (M.), « Beyond the European Convention : Human Rights and the Common Law », *op. cit.*
Pour une critique : BJORGE (E.), « Common law rights : balancing domestic and international exigencies », *CLJ* 2016, pp. 220-243.
3388. *ibid*., pp. 609-611.
3389. *R. (on the application of Anufrijeva) v. Secretary of State for the Home Department* [2003] UKHL 36, [27].
3390. Voir toutefois le jugement dissident de Lord Bingham qui considère les termes de la loi suffisamment clairs pour ne pas pouvoir être interprétés différemment.

matière de sécurité, afin de prévenir les actes de terrorisme. Le terme « opportun » ne nécessite pas d'interprétation[3391]. Les pouvoirs de polices en découlant sont ceux voulus par le législateur, et ouvrent la possibilité à une autorité de police de disposer de pouvoirs accrus en matière de fouille. La Cour européenne a toutefois considéré cette loi trop large, violant les dispositions de l'article 8[3392]. En revanche, dans une affaire *West*, Lord Bingham utilise le « principe de légalité » lorsque les règles de la *natural justice* trouvent à s'appliquer, ne permettant alors à la loi que « rarement, voire jamais » de les exclure[3393]. La récente décision de l'*Administrative Court* dans l'affaire *Privacy International* jette de nouveaux doutes sur la capacité du « principe de légalité » à garantir des droits aussi fondamentaux que le droit d'introduire une *judicial review*[3394]. En considérant l'expression « ne seront pas soumises à appel ni ne seront attaquables par aucune cour » comme suffisamment claire pour exclure la compétence de supervision de la Haute Cour, les juges, à l'exception du jugement dissident de Leggatt J construit dans la lignée des affaires *Anisminic*, *Jackson* et *Evans*, ne se sont pas montrés particulièrement exigeants avec le législateur.

Ces différentes affaires mettent particulièrement bien en lumière les limites du « principe de légalité » : elles sont avant tout relatives. Elles dépendent des juges. Plus précisément, elles fluctuent suivant ce que chacun entend, en général, par « termes clairs », ainsi que de l'interprétation qu'ils ont des termes employés par une loi. Les éléments de contexte et l'appréciation subjective des juges jouent un rôle déterminant.

b. Le « contrôle plus poussé » : l'intensification du contrôle des juges

La reconnaissance des droits limite donc tant le Parlement que l'administration agissant sur le fondement de la loi. Mais, la *common law* va plus loin que cela. Lorsqu'il est nécessaire pour une autorité publique de limiter un droit, les cours vont être plus regardantes quant aux justifications qu'elle va apporter. Pour cela, les juges vont s'appuyer sur le contrôle du caractère déraisonnable d'une décision, issu de la jurisprudence *Wednesbury*, et vont le rendre plus sévère. Cette reformulation a donné naissance à l'expression *anxious scrunity*, signifiant « contrôle plus poussé », et se présentant comme une intensification du contrôle du caractère déraisonnable[3395]. Elle permet

3391. *R. (on the application of Gillan) v. Commissioner of Police of the Metropolis* [2006] UKHL 12, [13] – [15].
3392. CEDH, 12 janvier 2010, *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, req. n°4158/05.
3393. *R. (on the application of West) v. Parole Board* [2005] UKHL 1, [29] (Lord Bingham).
Cité avec approbation par Lord Sumption : *Bank Mellat v. Her Majesty's Treasury* [2013] UKSC 39, [35]. Voir toutefois sur ce point les jugements dissidents de Lord Reed et Lord Hope, admettant que les règles de justice ont été écartées en l'espèce, au profit de règles de procédure plus faibles posées par la loi. Respectivement : [63] et [152] – [153].
3394. *R. (on the application of Privacy International) v. Investigatory Powers Tribunal* [2017] EWHC 114.
3395. Pour une étude récente : CRAIG (P.), « Judicial review and anxious scrutiny : foundations, evolution and

alors d'opérer un contrôle accru sur le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques (*α.*). Le contrôle des juges apparaît de ce fait variable, et en partie dépendant du contexte et de la nature de l'affaire[3396], en rendant parfois l'intérêt incertain (*β.*).

α. Le « contrôle plus poussé », expression d'une volonté de contrôle accru pour protéger les droits

L'expression ressort d'un jugement rendu par Lord Bridge, dans l'affaire *Bugdaycay.* Il y affirme : « le droit le plus fondamental de tout homme est le droit à la vie, et lorsqu'est contestée une décision administrative mettant en cause la vie du requérant, le fondement de cette décision appelle à coup sûr le contrôle le plus poussé (*the most anxious scrutiny*) »[3397]. Dans la même décision, Lord Templeman relève, après avoir cité le jugement classique de Lord Greene dans l'affaire *Wednesbury*, que « lorsque la conséquence d'une décision défectueuse est de mettre en péril la vie ou la liberté, cela crée une responsabilité spéciale sur les cours dans leur contrôle de la façon dont a été prise décision »[3398]. Le « contrôle plus poussé » conduit ainsi les juges à entrer plus profondément dans l'évaluation des éléments ayant conduit l'administration à prendre la décision contestée[3399]. L'objet du contrôle réside donc ici dans les motifs de l'acte, et plus particulièrement dans leur capacité à justifier une mesure considérée comme faisant peser des limites sur un droit fondamental. En l'espèce, le Secrétaire d'État avait refusé la demande d'asile d'un réfugié ougandais, arrivé du Kenya. Ce dernier est renvoyé au Kenya, sans que le Secrétaire d'État ne vérifie s'il y serait accepté. Or, tel n'apparaissait pas être le cas, ouvrant la voie à un retour en Ouganda, pays dans lequel le demandeur pouvait craindre pour sa vie. La décision du Secrétaire d'État est déclarée illégale. La conclusion découle d'une étude détaillée des preuves apportées. Lord Bridge n'hésite pas à en évaluer l'importance. Notamment, il relève que selon un diplomate kényan, sans autorisation de retour délivrée par le Kenya, la pratique est de renvoyer les individus dans leur pays d'origine. Tel d'ailleurs avait été le sort réservé quelques années plus tôt au requérant et à sa mère. Le Secrétaire d'État n'a pas pris en compte ces éléments, et s'en est tenu au fait qu'étant

application », *PL* 2015, pp. 60-78.
Voir également le discours prononcé par Lord Sumption à l'occasion de la *Administrative Law Bar Association Annual Lecture*, du 4 novembre 2014, intitulé « anxious scrutiny » (14 pages).
3396. LAWS (J.), « Wednesbury », voir p. 187 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC, sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, op. cit.* ; MOUNTFIELD (H.) et BELOFF (M. J.), « Unconventional behaviour ? Judicial uses of the European Convention in England and Wales », *op. cit.* ; JOWELL (J.), « Beyond the rule of law : towards constitutional judicial review », *op. cit.*, pp. 674-676 ; ELLIOTT (M.), « The Human Rights Act 1998 and the standard of substantive review », *CLJ* 2001, pp. 301-336 ; LE SUEUR (A.), « The Rise and Ruin of Unreasonableness ? », *JR* 2005, pp. 32-51.
3397. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Bugdaycay* [1987] AC 514, p. 531.
3398. *ibid*., p. 537.
3399. Voir l'étude de Lord Bridge, pp. 527-564.

signataire de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951 et du Protocole de 1967, le Kenya s'est engagé à ne pas renvoyer les réfugiés là où ils peuvent craindre d'être persécutés. Le décalage entre l'intention et la pratique du Kenya, sur laquelle le Secrétaire d'État ne s'est pas penché malgré les éléments du dossier, rend illégale la décision. Le contrôle opéré par Lord Bridge se situe dans la lignée du contrôle du caractère déraisonnable, car *in fine* ce qui est sanctionné c'est le fait que le Secrétaire d'État n'ait pas pris en compte un fait particulièrement important, à savoir la pratique du pays dans lequel devait être renvoyé le requérant. La différence apparaît, tant dans la recherche même de cet élément, qui se fait *via* une étude particulièrement approfondie des preuves, et dans l'importance accordée à ce fait pertinent non pris en compte. Le « contrôle plus poussé » oblige à une meilleure justification de la décision[3400].

Lord Bridge revient sur cette méthode dans l'affaire *Brind*[3401]. Après avoir rejeté l'application de la Convention européenne, il poursuit en relevant que la *common law* protège également les droits ; de ce fait, selon lui, il est nécessaire que les juges ne soient pas limités dans leur contrôle du pouvoir discrétionnaire. Ainsi, la limitation d'une liberté aussi importante que la liberté d'expression ne peut être justifiée que par « un intérêt public prépondérant »[3402]. L'existence d'un tel intérêt doit être, en premier lieu, mis en lumière par l'autorité décisionnaire. Une fois cela acquis, les juges doivent « exercer un second jugement en se demandant si un Secrétaire d'État raisonnable, au regard des éléments dont il disposait, pouvait adopter une telle décision »[3403]. La formulation du test est ainsi refondue, et se veut beaucoup plus intrusive, même si, sur le fond, la décision d'interdire la diffusion du reportage est jugée légale.

β. Un contrôle incertain développé sous l'influence de la Convention européenne

En effet, là aussi, l'influence de la Convention européenne est décelable. Dans l'affaire *Brind*, Lord Templeman admet son application, au titre des obligations internationales pesant sur le Royaume-Uni. En conséquence, selon lui, la cour doit vérifier si la décision du Secrétaire d'État était raisonnable au regard des éléments dont il disposait, et ainsi si la limite posée à la liberté d'expression pouvait se justifier. Pour le Lord, cela revient, en fait, à appliquer le contrôle de

3400. DYZENHAUS (D.), HUNT (M.) et TAGGART (M.), « The principle of legality in Administrative law : Internationalisation as Constitutionalisation », *op. cit.* ; CRAIG (P.), « Judicial review and anxious scrutiny : foundations, evolution and application », *op. cit.*
3401. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] 1 AC 696.
3402. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] 1 AC 696, p. 749.
3403. *idem*.

proportionnalité tel qu'il est défini par la Cour européenne[3404].

Les juges vont affirmer la conformité du « contrôle plus poussé » au regard des exigences de la Cour de Strasbourg. Dans l'affaire *Smith*, à propos de l'interdiction pour les homosexuels d'être recrutés dans l'armée, Lord Bingham va rendre un jugement en prenant en compte les nécessités de l'article 13[3405]. Il s'appuie sur la décision *Vilvarajah c. Royaume-Uni* dans laquelle la Cour européenne a considéré que le contrôle de la *judicial review*, tel qu'il ressort de la jurisprudence *Bugdaycay*, était conforme à cette disposition[3406]. La Convention européenne ne constitue pas le seul fondement. Lord Bingham considère également que le juge « a un rôle et un devoir constitutionnels afin de veiller à ce que les droits des citoyens ne soient pas remis en cause par l'exercice illégal du pouvoir exécutif »[3407]. Fort de ces éléments, le Lord, suivi sur ce point par Thorpe LJ, répond positivement à l'invitation de l'un des avocats appelant les juges à reconnaître que « plus l'ingérence dans les droits fondamentaux est importante, plus la cour devra demander à ce qu'elle soit justifiée pour admettre que la décision est raisonnable »[3408]. Faisant écho au jugement de Steyn J dans *Leech (No.2*), l'expression est considérée comme « une énonciation pertinente des principes posés par la Chambre des Lords » dans les affaires *Bugdaycay* et *Brind*[3409]. L'intensification du contrôle rend nécessaire une meilleure justification de la décision administrative. Le rôle des juges est de s'en assurer par une évaluation plus poussée des éléments apportés. Elle leur permet d'obliger l'administration à se pencher plus précisément et sérieusement sur le cas en cause, et donc, à ne pas prendre d'acte affectant les libertés, à la légère. Dit autrement, « le standard de justification des limitations des droits et libertés par une décision de l'exécutif doit varier en proportion de l'importance du droit en cause »[3410].

Les affaires *Bugdaycay*, *Brind* et *Smith* apparaissent comme les plus révélatrices de l'intensification du contrôle des juges en conséquence de l'amélioration de la garantie des droits par la *common law*. Elles préfigurent, en un sens, l'introduction de la Convention européenne dans l'ordre interne, et la volonté des juges d'ajuster le droit interne sur la jurisprudence de la Cour européenne. Pour certains juges, la différence entre le « contrôle plus poussé » et le contrôle de

3404. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] 1 AC 696, pp. 750-751.
3405. *R. v. Ministry of Defence, ex p. Smith* [1996] QB 517, p. 556.
3406. CEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah c. Royaume-Uni*, série A n°215, [120].
3407. *ibid*., p. 556.
3408. Respectivement p. 554 et pp. 564-565. L'argument était invoqué par David Pannick, juriste célèbre et influant, ayant notamment défendu le recours introduit par Gina Miller dans l'affaire du même nom, portant sur le Brexit. Il est qualifié par John Bell de « meilleur *barrister* publiciste » : BELL (J.), « La Cour suprême du Royaume-Uni et le Brexit », *RFDA* 2017, pp. 220-228, p. 221.
3409. *ibid*., p. 554.
3410. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. McQuillan* [1995] 4 All ER 400, pp. 422-423.

proportionnalité, toujours refusé, mais promu par la Cour européenne, est faible[3411]. Toutefois, cet effort salutaire n'est pas suffisant. Nous l'avons vu, la *common law* sert avant tout à garantir des droits procéduraux ; les droits substantiels sont délaissés par ce mouvement. De plus, les jugements dans les cas *Brind* et *Smith* débouchent sur une confirmation de décisions particulièrement invasives pour les libertés. De surcroît, la Cour européenne ne se montre pas convaincue par la technique du « contrôle plus poussé ». Dans l'affaire *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, découlant du cas anglais du même nom, la Cour européenne considère qu'il est insuffisant, eu égard à l'importance du droit en cause et de sa limitation ; selon elle il est nécessaire, pour le protéger, de contrôler la proportionnalité de la mesure[3412]. En soi, la décision de la Cour européenne ne peut surprendre. Déjà, dans l'affaire *Smith*, Henry LJ relevait la différence fondamentale entre le « contrôle poussé » et le contrôle réclamé par la Cour européenne : « si la Convention faisait partie de notre droit […] le jugement premier serait pour les juges. Mais le Parlement ne nous a pas donné la compétence première sur cette question. Notre rôle constitutionnel a été correctement défini […] comme étant l'exercice d'un jugement secondaire ou de supervision »[3413]. En réaffirmant l'un des caractères essentiels du contrôle par voie de *judicial review*, à savoir qu'il permet uniquement de superviser l'administration et non de décider à sa place, le jugement de Henry LJ souligne la différence avec le contrôle de proportionnalité tel qu'issu de la jurisprudence de la Cour européenne[3414]. En effet, la référence à la volonté du Parlement ne doit pas occulter le fait que ce sont les juges qui décident, en premier lieu, du niveau de contrôle qu'ils imposent. La restriction rappelée ici tient plus d'une certaine autolimitation constante des cours, que de l'intention du Parlement[3415]. Cette logique est en parfait accord avec la vision de la liberté résiduelle qui fonde le substrat libéral de la *common law*, et se distingue de la logique de la Convention européenne dont les droits sont positivement définis[3416]. Dès lors, il n'est pas étonnant que celle-ci ait adopté une position différente, ni d'ailleurs que les juges aient dû adapter leur méthode de contrôle une fois le *Human Rights Act* entré en vigueur. L'introduction de la Convention européenne ne s'est donc jamais véritablement faite à l'insu du Parlement, mais les juges se sont de plus en plus tournés vers elle[3417].

3411. MOUNTFIELD (H.) et BELOFF (M.J.), « Unconventional behaviour ? Judicial uses of the European Convention in England and Wales », *op. cit.*, p. 484 ; FENWICK (H.), *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, *op. cit.*, pp. 109-117.
3412. CEDH, 25 juillet 2000, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, rec. 2000-IX, req. n°33985/96 et n°33986/96.
3413. *R. v. Ministry of Defence, ex p. Smith* [1996] QB 517, p. 564.
3414. VARUHAS (J.NE.), « Against Unification », pp. 91-131, notamment pp. 98-100 et p. 104 in *The Scope and Intensity of Substantive Review. Traversing Taggart's Rainbow*, *op. cit*.
3415. MOUNTFIELD (H.) et BELOFF (M.J.), « Unconventional behaviour ? Judicial uses of the European Convention in England and Wales », *PL* 1998, pp. 221-236, pp. 483-484.
3416. Lord Irvine of Lairg, « The dévelopment of human rights in Britain under an incorporated Convention Human Rights », *op. cit.*, pp. 224-225.
3417. À la question posée dans le titre de leur article, Keir Starmer et Francesca Klug répondent que « l'incorporation cachée » n'a pas eu lieu, même si l'intérêt pour la Convention européenne s'est développé : STARMER (K.) et KLUG (F.), « Incorporation through the back door ? », *op. cit.*, pp. 232-232.

Cependant, comme nous l'avons vu, la Convention européenne n'a pas supplanté ni remplacé la *common law*. Les deux peuvent jouer de concert, certains juges ayant admis que l'invocation de la Convention européenne conduise à un « contrôle plus poussé » ; le *Human Rights Act* a permis l'extension de son utilisation[3418]. Dans les situations où ce texte s'applique peu, notamment dans les procédures de décisions concernant les immigrés et les demandes d'asile, les juges continuent de s'appuyer sur le « contrôle plus poussé »[3419]. Sa place y est importante, car dans ce domaine les droits fondamentaux sont impliqués et il est nécessaire que le Secrétaire d'État en charge de ces questions fonde sa décision sur des éléments pertinents et correctement évalués[3420]. De même, dans le domaine médical, les juges ont pu l'utiliser et conclure qu'était illégale la décision d'un établissement du *National Health Service* de ne financer les traitements contre les cancers du sein avec le médicament nommé Herceptin que dans les situations exceptionnelles[3421]. Pour la Cour d'Appel, si l'établissement est prêt à financer des soins, il faut des critères de choix médicaux, et non pas aussi vagues que l'idée de « circonstances exceptionnelles ». Rendant le jugement pour la cour, Sir Antony Clarke nie que la Convention européenne, notamment son article 2, ait un quelconque impact ici. En effet, selon le juge, citant ici l'affaire *Smith*, qu'elle trouve ou non à s'appliquer, « la décision peut être une décision déterminant la vie ou la mort du requérant. Dans ces circonstances […] il est nécessaire pour la cour de soumettre la décision de refus de financement du traitement (et donc de traitement) à un contrôle rigoureux »[3422]. La décision ne passe pas ce test, car elle ne repose pas sur des critères suffisamment précis et pertinents. Enfin, en jugeant récemment illégal l'acte général pris par le Lord Chancelier concernant l'introduction de frais de justice pour certaines actions, la Cour Suprême a notamment relevé que si son but était légitime, l'autorité compétente n'avait pas démontré qu'aucun moyen alternatif ayant des conséquences moindres pour le droit en cause n'était possible[3423]. Dès lors, tout comme la Convention européenne n'a pas remis en cause la protection des droits par la voie de la *common law*, elle n'a pas entraîné l'abandon du « contrôle plus poussé ».

Il n'est ainsi pas étonnant que même John Laws, pourtant artisan de l'amélioration de la protection des droits *via* la *common law* se soit clairement prononcé en faveur du *Human Rights Act*, dans le but de développer encore la jurisprudence nationale : LAWS (J.), « The limitations of human rights », *PL* 1998, pp. 254-265.

3418. LE SUEUR (A.), « The Rise and Ruin of Unreasonableness ? », *op. cit*.

3419. CRAIG (P.), « Judicial review and anxious scrutiny : foundations, evolution and application », *op. cit.*, pp. 68-71.

3420. *R. (on the application of YH(Iraq)) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] EWCA Civ 116, [22] – [24] (Carnwath L.J.) ; *R. (on the application of Chen) v. Secretary of State for the Home Department* [2013] EWHC 2239 [21] (Ian Dove QC).

Ces deux cas portaient sur des demandes d'asile rejetées par le Secrétaire d'État. Les juges requièrent qu'il prenne consciencieusement en cause les éléments qui lui sont apportés avant de se décider.

3421. *R. (on the application of Rogers) v. Swindon NHS Primary Care Trust* [2006] EWCA Civ 392.

3422. *ibid*., [56].

3423. *R. (on the application of UNISON) v. Lord Chancellor* [2017] UKSC 51, [99] – [103] (Lord Reed).

3. Le rapprochement du juge anglais vers le juge français dans la protection des droits

En 1958, le professeur Hamson appelait de ses vœux le développement, en Angleterre, d'une jurisprudence similaire à celle du Conseil d'État concernant les principes généraux du droit[3424]. En étudiant leurs aspects, il en concluait : « ma réaction en tant que juristes anglais est qu'ils méritent mon approbation la plus vive ». Il allait même plus loin en affirmant que l'utilisation d'une technique similaire « serait impressionnante en Angleterre », et donc « elle est hautement recommandable aux juristes anglais en tant qu'invention car elle se double d'une fiction d'une extrême simplicité et donc d'une très grande efficacité ». Cette fiction, mentionnée par le professeur Hamson, est celle d'une construction lente, basée sur une tradition juridique retranscrite dans les textes, et permettant au Conseil d'État de les appliquer « aux commandements du législateur lui-même comme intention implicite et permanente ». De par cette intention, objet même de la fiction, « les principes généraux du droit constituent le cadre dans lequel les lois elles-mêmes ont leur existence ».

Le vœu du professeur Hamson semble aujourd'hui réalisé[3425]. Les juges anglais ont su développer la *common law* dans un sens semblable à ce que fait le Conseil d'État avec les principes généraux du droit. La jurisprudence, dans les deux pays, a su se tourner vers la protection des droits, parfois même contre le législateur, mais avec plus de sûreté contre l'administration. En les faisant émerger d'une tradition juridique, dont ils sont en grande partie les oracles, les juges assurent une forme de continuité, qui les empêche de subir la critique de la subjectivité et du manque de légitimité. En cela, il a y une certaine similarité de méthodes, loin de l'opposition traditionnelle entre un droit français « venant d'en haut », et élaboré autoritairement, et un droit anglais, assis sur la *common law*, et « venant d'en bas »[3426].

Toutefois, les principes généraux du droit et les principes de *common law* ne sont pas en tous points identiques. Trois différences apparaissent avec une particulière netteté. Tout d'abord, si ces principes ne sont pas créés *ex nihilo*, les juges français sont plus enclins à les rattacher à des textes. Les juges anglais, quant à eux, invoquent plus volontiers la continuité historique de la *common law*, et les valeurs présentes à l'état latent dans la société. Cette différence n'a pas de quoi étonner, elle reflète tout simplement la tradition de droit écrit du système français, se distinguant d'un droit anglais plus jurisprudentiel. Ensuite, les principes généraux du droit semblent souffrir d'un certain

3424. HAMSON (C.J.), « La notion de légalité dans les pays occidentaux », *RIDC* 1958, pp. 5-15, voir pp. 11-12.
3425. MODERNE (F.), « La légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, pp. 732-733 : l'auteur y fait une rapide étude comparée entre les principes généraux du droit et les principes de *common law.*
3426. BELL (J.), *French Legal Cultures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, 276 pages, pp. 51-52.

ralentissement, là où la *common law* se développe au contact du *Human Rights Act*, mais aussi en prévision de sa potentielle abrogation. Les principes de *common law* sont encore appelés à se développer et à remplir l'espace encore existant entre elle et la garantie des droits issue de la jurisprudence de la Cour européenne. La reconnaissance claire et ferme d'un contrôle de proportionnalité fait ici figure de prochaine étape. Enfin, et parce qu'elle est toujours en plein développement, la *common law* ne semble pas encore aujourd'hui en mesure d'assurer une protection aussi efficace que cela est nécessaire. Il ne faut pas sous-estimer pour autant l'importance du mouvement amorcé dans les années quatre-vingt-dix, et qui permet aujourd'hui aux juges de continuer son enrichissement. À l'inverse, les principes généraux du droit, fermement établis depuis plusieurs décennies, et au soutien desquels le Conseil d'État peut trouver de nombreux textes constitutionnels ainsi qu'un organe juridictionnel particulier pour contrôler le Parlement, font l'objet d'une protection constante et jugée suffisante. On peut, pour s'en convaincre, se rappeler que l'utilisation de cette théorie pour protéger des droits plus sectoriels, est le signe qu'à un niveau plus général, les outils sont déjà suffisamment développés. La *common law*, quant à elle, empreinte d'une forte dimension libérale, et s'inscrivant nettement dans le domaine constitutionnel, a un rôle moins assuré, car plus politique et soumis aux tensions entre les pouvoirs.

Cette divergence se retrouve également dans l'outil juridictionnel privilégié de protection des droits : le contrôle de proportionnalité.

II. L'utilisation du contrôle de proportionnalité comme outil de protection des droits

L'aboutissement de la protection des droits passe aujourd'hui par le développement d'un contrôle de proportionnalité complet et efficace. Lié à la figure même de la justice, par la recherche de la mise en balance[3427], il plonge ses racines loin dans l'histoire[3428]. Notamment, chez Aristote, la balance traduit la recherche d'un juste milieu entre ce qui est dû et ce qui doit être donné[3429]. En permettant cette conciliation, la proportionnalité protège contre les excès et permet la suffisance de l'action. Elle ne constitue donc pas un principe d'empêchement pour l'action publique, mais de

3427. RESNIK (J.) et CURTIS (D.E.), « Images of Justice », *Yale Law School* 1987, pp. 1727-1772 ; PORAT (I.), « The Dual Model of Balancing : A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional law », *Cardozo Law Review* 2006, pp. 1393-1448.
3428. BARAK (A.), *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 611 pages, pp. 175-178.
3429. *L'éthique à Nicomaque*, T. I., sous la dir. de R.A. Gauthier et J-.Y Jolif, Publications Universitaires de Louvain, Louvain, 1958, 323 pages, pp. 122-158.

bonne adaptation, d'une mise en corrélation entre ce qui est recherché (et est positif) et ce qui est sacrifié.

Le droit allemand a le premier traduit explicitement dans le droit moderne cette exigence. Walter Jellinek considérait qu' « il y a excès lorsque la police exige plus que ce qui est nécessaire pour parvenir à un ordre normal »[3430]. Considéré comme résultant « de l'État de droit, finalement de l'essence même des droits fondamentaux »[3431], le contrôle de proportionnalité est structuré autour de trois étapes en droit allemand : l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu*. Elle servira de grille de lecture pour nos développements subséquents. En effet, elle permet d'opérer une comparaison entre l'utilisation faite en droit français et en droit anglais, mais aussi au regard des droits européens. Car, si la proportionnalité prend une place particulière au sein de la vision du droit administratif « basé sur les droits »[3432], elle constitue également un outil privilégié de la Cour de Justice ainsi que de la Cour européenne (A.). Promu par les juges européens, et développé par les juges internes, le contrôle de proportionnalité fait référence de nouveau paradigme. Sa seule reconnaissance constitue la marque de la promotion d'une meilleure garantie des droits. En se généralisant au sein des contentieux, il conduit à un meilleur contrôle de l'administration, à la protection des droits, mais fait peser sur le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* des incertitudes quant à leur adaptation aux enjeux de promotions des attentes des individus (B.).

A. L'importance centrale du contrôle de proportionnalité dans la protection des droits

Le contrôle de proportionnalité en droit allemand s'est développé pour limiter l'interférence des mesures de police avec les droits et libertés des individus à ce qui est strictement nécessaire. En rappelant sans cesse ces origines germaniques, c'est à cette vision libérale et protectrice qu'il est renvoyé. Son introduction, et son utilisation, au sein de divers ordres juridiques ont donc vocation à assurer cette mission, inhérente aux nouveaux enjeux posés par l'État de droit et la *rule of law.*

Cette question irrigue les réflexions en droit anglais. Le contrôle de proportionnalité met sous tension toutes les conceptions traditionnelles anglo-saxonnes. Jusque dans les années quatre-vingt-dix, sa reconnaissance semblait constituer une quasi-hérésie, que les études comparées avec le

3430. JELLINEK (W.), *Verwaltungsrecht*, 3e éd., Offenburg, 1948, 571 pages, p. 440.
3431. Selon l'affirmation de la Cour constitutionnelle allemande, dans sa décision *BVerGE* : XYNOPOLOUS (G.), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, en Allemagne et en Angleterre*, thèse, LGDJ, Paris, 1995, 463 pages, p. 146.
3432. POOLE (T.), « Between the Devil and the Deep Blue Sea : Administrative Law in an Age of Rights », *op. cit.* in *Administrative Law in a Changing State. Essays in Honour of Mark Aronson,* sous la dir. de L. Pearson, C. Harlow et M. Taggart ; « The reformation of English administrative law », *CLJ* 2009, pp. 142-168.

droit français semblaient confirmer[3433]. L'introduction du *Human Rights Act* a changé les données du problème. Plus exactement, il a permis l'officialisation de l'officieux : l'existence ancienne d'un contrôle de proportionnalité tacite en droit anglais (3.). La Convention européenne n'a pas été la seule à influencer de façon décisive la jurisprudence anglaise. La Cour de Justice, en usant très tôt d'un tel contrôle, a également habitué les juges, dans le champ du droit de l'Union, à son maniement. Là aussi, il se structure peu ou prou autour des trois étapes classiques (1.). En droit français, en revanche, et sans nier l'importance fondamentale des jurisprudences européennes dans le développement du contrôle de proportionnalité, sa reconnaissance s'est faite plus facilement. Il a été admis très tôt en jurisprudence et en doctrine (2.).

1. Un outil central dans le droit européen

La Cour de Justice et la Cour européenne, évoluant dans des sphères différentes, ne remplissent pas la même mission. Le constat de cette différence influe nécessairement sur leur utilisation du contrôle de proportionnalité. Pour autant, en substance, la même idée, inhérente à la proportionnalité, se fait jour : il s'agit d'autoriser des atteintes à un élément protégé, dans une mesure strictement nécessaire à ce que requiert l'objectif poursuivi. Cette formule générale correspond tout autant à l'idée d'intégration communautaire promue par la jurisprudence de la Cour de Justice (a.) qu'à la garantie des droits développée par la Cour européenne (b.)

a. Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de Justice, un outil d'intégration

Le principe de proportionnalité occupe une place importante dans la construction européenne. Il a pu permettre d'améliorer la clarté des décisions de la Cour de Justice, afin d'en augmenter la légitimité[3434]. S'il est aujourd'hui clairement reconnu à l'article 5 du Traité sur l'Union européenne, son utilisation s'est faite auparavant de façon plus implicite. Déjà au sein de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier, la Cour a pu obliger la Haute Autorité à prendre des mesures proportionnées afin de remplir les objectifs fixés par les textes. En l'espèce, il s'agissait de diminuer les prix du charbon belge. L'action indirecte de la Haute Autorité, par le jeu de la

3433. BOYRON (S.), « Proportionality in English Administrative Law : A Faulty Translation ? », *OJLS* 1992, pp. 237-264.
3434. HARBO (T.-.I.), « The Function of the Proportionality Principle in the EU Law », *European Law Journal* 2010, pp. 158-185, voir pp. 160-164.

péréquation, a été considérée par la Cour comme insuffisante, et donc non proportionnée. En effet, en « application d'une règle de droit généralement admise, une telle réaction indirecte de la Haute Autorité à un acte illicite des entreprises devrait être proportionnée à l'envergure de celui-ci. Pour cette raison, la Haute Autorité ne saurait être habilitée qu'à réduire la péréquation dans une mesure équivalente à celle dans laquelle les entreprises n'auraient pas abaissé leurs prix dans les limites prévues. […] Il résulte de ce qui précède qu'une intervention indirecte de la Haute Autorité telle qu'une réduction de la péréquation est insuffisante pour assurer la réalisation de l'objectif que prescrit le paragraphe 26, 2a de la Convention »[3435]. L'action doit être directe, ce qui autorise la Haute Autorité à fixer elle-même le prix du charbon. En ce cas, la Cour de Justice use du contrôle de proportionnalité pour rendre efficace l'action communautaire ; il s'agit de prendre une mesure suffisante pour remplir le but fixé. Cette même expression de la proportionnalité se retrouve également dans le traité de Rome de 1957, prévoyant à son article 40 paragraphe 3 que la politique agricole commune « peut comporter toutes les mesures nécessaires pour atteindre les objectifs définis à l'article 39 ». Cette acception du contrôle de proportionnalité est originale, car conçue normalement dans un contexte libéral de protection, elle conduit ici à développer l'action communautaire.

Devenu en 1970 un principe général du droit communautaire[3436], le principe de proportionnalité est dorénavant prévu par l'article 5 du traité du Traité sur l'Union, mais y apparaît dans un versant plus restrictif pour l'action européenne[3437]. Il est associé au principe de subsidiarité et son expression vise plutôt à confiner les mesures de l'Union à ce qui est nécessaire, c'est-à-dire non excessif, plutôt que suffisant[3438]. Sa mention expresse est le résultat du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 qui, de surcroît, en donnant force contraignante à la Charte des droits fondamentaux

3435. Cour de Justice, 29 novembre 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Haute Autorité*, aff. 8/55, rec. 201.
3436. CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft,* aff. 11/70, rec. 1970, p. 1125.
3437. C'était déjà le cas avec le traité de Maastricht du 7 février 1992, formulant ainsi l'article 5 paragraphe 3 du Traité CE : « L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité ».
3438. « 1. Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences.
2. En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres.
3. En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole.
4. En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ».

de l'Union européenne, consacre une nouvelle expression au contrôle de proportionnalité[3439]. L'article 52, paragraphe 1 de la Charte prévoit que les limitations aux droits garantis par ce texte ne pourront être légales que si elles sont proportionnées c'est-à-dire si elles apparaissent « nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protections des droits et libertés d'autrui ». La formulation renvoie à deux des étapes classiques du contrôle de proportionnalité en droit allemand : le contrôle de l'adéquation et le contrôle de la nécessité.

L'utilisation du contrôle de proportionnalité est double, puisqu'il est utile « aussi bien en ce qui concerne les mesures adoptées par les institutions communautaires, que pour les mesures adoptées par les États membres en vue de compléter ou d'appliquer le droit communautaire »[3440].

Pour ce qui est des premières, la Cour de Justice considère que « le principe de proportionnalité exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché »[3441]. Elle va, par ce biais, contrôler les sanctions prises par la Commission européenne[3442] ; mais également les directives. À ce titre, dans l'affaire *Digital Rights* de 2014, elle a déclaré contraire à la Charte des droits fondamentaux la directive de 2006 sur la conservation de données au motif qu'en prévoyant la conservation généralisée des données de connexion, elle portait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée (article 7) et à la protection des données à caractère personnel (article 8)[3443]. Néanmoins, le contrôle n'est pas toujours poussé. Bien au contraire, lorsque la Cour reconnaît un pouvoir discrétionnaire important à l'Union européenne, elle en fait varier l'intensité pour ne sanctionner, de la mesure, que le « seul le caractère manifestement inapproprié de celle-ci par rapport à l'objectif que les institutions compétentes entendent poursuivre »[3444]. En agissant ainsi, la

3439. SAFJAN (M.), DÜSTERHAUS (D.) et GIERIN (A.), « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de la *mise en œuvre* à la *mise en balance* », *RTD Eur.*, 2016, p. 219-247.
3440. JACOBS (F.G.), « Recent Developments in the Principle of Proportionality in EC Law », pp. 1-21 in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, sous la dir. de E. Ellis, Hart, Oxford, 1999 ; GALETTA (D.-U.), « Le principe de proportionnalité », pp. 501-525 in *Traité du droit administratif européen*, 2e éd., sous la dir. de J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelles, 2014.
3441. CJCE, 17 mai 1984, *Denkavit Nederland*, aff. 15/83, rec. 2171.
Voir également : CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone Ltd e.a.*, aff. C-58/08, rec. I. p. 4999.
3442. CJCE, 16 décembre 1992, *Commission c/ Grèce*, aff. C-210/91, rec. I. p. 6735.
3443. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland* et *Seitlinger et autres*, aff. C-287/12 et C-594/12.
Voir : BRECHOT (F.-X.), « Clap de fin pour la conservation généralisée des données de connexion en Europe ? », *Revue de l'Union européenne* 2017, pp. 178-187 ; KOKOTT (J.) et SOBOTTA (C.), « The Evolution of the Principle of Proportionality in EU Laws – Towards an Anticipative Understanting ? », pp. 167-177 in *General Principles of Law. European and Comparative Perspectives*, sous la dir. S. Vogenauer et S. Weatherill, Hart Publishing, Oxford, 2017.
3444. CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone Ltd e.a.*, aff. C-58/08, rec. I. p. 4999, [52].
CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa et autres*, aff. C-331/88, rec. I. p. 4023, [14] : « En ce qui concerne le contrôle judiciaire des conditions indiquées, il y a toutefois lieu de préciser que le législateur communautaire dispose en matière de politique agricole commune d'un pouvoir discrétionnaire qui correspond aux responsabilités politiques que les articles 40 et 43 du traité lui attribuent. Par conséquent, seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure

Cour de Justice promeut l'intégration communautaire, en laissant plus de liberté aux institutions européennes. En effet, silencieux sur l'intensité du contrôle, les Traités « laissent au juge toute latitude pour déterminer librement les limites de son pouvoir d'appréciation »[3445].

Concernant les mesures prises par les États, la Cour de Justice va opérer un contrôle de proportionnalité sur les dérogations aux obligations communautaires. Ouvertes par les textes, elles doivent toutefois être proportionnées à l'objectif poursuivi par l'État. Sur ce point, la Cour utilise un contrôle particulièrement poussé, pouvant aller jusqu'à se substituer à l'État[3446]. C'est notamment le cas lorsqu'est en cause un domaine ayant fait l'objet d'une « communautarisation » particulièrement forte[3447]. Dans ce cas, et afin, là encore, de promouvoir l'intégration communautaire, la Cour de Justice se montrera plus stricte dans l'application de son contrôle, afin de limiter les dérogations. À l'inverse, si est en question un domaine dans lequel l'action communautaire est moins intégrée, l'État retrouve une liberté plus importante ; le contrôle se trouve alors plus restreint[3448]. Cela se justifie par la plus grande capacité de l'État à assurer efficacement le respect de ses obligations communautaires, eu égard aux spécificités de sa législation, de son système social, politique, en autres[3449]. En diminuant l'intensité du contrôle de proportionnalité, la Cour de Justice lui donne plus de souplesse.

D'une manière générale, la protection des droits fondamentaux par le contrôle de proportionnalité au sein de l'Union européenne est porteuse de certaines ambivalences. De prime abord, sa place paraît importante. Elle a été reconnue comme un objectif légitime pouvant justifier, de la part des États, une dérogation aux Traités. Dans l'affaire *Schmidberger*, la Cour de Justice a reconnu légale l'autorisation accordée par le Gouvernement autrichien à la tenue d'une manifestation sur une autoroute, pendant trente heures, alors qu'une telle décision porte atteinte à la liberté de circulation garantie par le droit de l'Union[3450]. La limitation de cette liberté n'est toutefois pas disproportionnée, au regard notamment de l'importance que revêt la liberté d'expression et de réunion[3451]. De même, au niveau des institutions de l'Union, la Cour de Justice se fait protectrice des

arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure ».
Voir : HARBO (T.-I.), « The Function of the Proportionality Principle in the EU Law », *op. cit.*, pp. 171-180.
3445. RIFAT TINÇ (M.), « Le contrôle de proportionnalité des mesures nationales restrictives des échanges », *Revue de Droit de l'Union européenne*, 2010, pp. 791-843, p. 821.
3446. CJCE, 11 juillet 2000, *Toolex Alpha*, C-473/78 rec. I. p. 5681.
3447. RIFAT TINÇ (M.), *ibid.*, p. 829.
3448. En général, voir : RIFAT TINÇ (M.), *ibid.*
3449. CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, aff. C-491/01, rec. I. p. 11453, [122] – [123].
3450. CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*, aff. C-112/00, rec. I.p. 5659.
3451. *ibid*., [80].
Il en va de même lorsque l'État souhaite garantir et préserver la dignité humaine : CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Phielhallen*, aff. C-36/06, rec. I. p. 9609.

droits et libertés, par le biais du respect des principes généraux du droit communautaire, et de la Charte des droits fondamentaux. Elle a ainsi récemment confirmé sa décision *Digital Rights*, en relevant qu'aucun système de conservation généralisée des données de connexion ne pouvait être conforme aux articles 7 et 8 de la Charte[3452].

En principe, lorsque l'État, cherchant à user de son pouvoir de dérogation, nuit à une liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union, la Cour de Justice opérera un contrôle de proportionnalité plus strict. Ainsi, la liberté d'entreprendre et la liberté d'exercer une activité professionnelle sont des principes généraux du droit s'imposant aux États. Cependant, ce ne sont pas des libertés absolues. Dès lors, « des restrictions peuvent leur être apportées, à condition qu'elles répondent à des objectifs d'intérêt général et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des libertés ainsi garanties »[3453]. De même, tout en reconnaissant le caractère fondamental du droit de grève, la Cour de Justice a, dans deux arrêts, considéré que son utilisation ne devait pas porter une atteinte disproportionnée aux libertés économiques promues par le droit de l'Union, au rang desquelles se trouvent la liberté d'établissement et la liberté de prestations de services[3454]. Dès lors, pèse sur l'État membre une obligation d'encadrer le droit de grève afin que son exercice ne porte pas une atteinte jugée disproportionnée à ces libertés. À cette première ambivalence, s'en ajoute une seconde : la formulation du contrôle de proportionnalité n'est pas toujours la même. Si l'on prend comme référence la formulation allemande, en trois étapes, la Cour de Justice semble parfois utiliser les trois critères cumulativement[3455], ou alors uniquement deux[3456] voire un seul[3457] ; le plus souvent toutefois, la proportionnalité *stricto sensu* est exclue, car son utilisation « risquerait de se transformer en un contrôle de l'opportunité »[3458].

En somme, le contrôle de proportionnalité est utilisé par la Cour de Justice de façon pragmatique. Il permet de renforcer l'intégration communautaire en évitant les dérogations

3452. CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB*, aff. C-203/15 ; *AJDA* 2016, p. 2466.
Voir : BRECHOT (F.-X.), « Clap de fin pour la conservation généralisée des données de connexion en Europe ? », *Revue de l'Union européenne* 2017, pp. 178-187.
3453. CJCE, 9 septembre 2004, *Royaume d'Espagne et République de Finlande c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-184/02 et C-223/02.
3454. CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Worker's Federation c. Viking Lin*e, aff. C-438/05 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, aff. C-341/05.
Voir : RODIERE (P.), « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTD. Eur.* 2008, pp. 47-66.
3455. Voir les affaires *Viking* et *Laval*, précitées.
3456. CJCE, 23 février 1983, *Fromançais SA c. Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles*, aff. 66/82, [8] : contrôle de l'adéquation et de la nécessité.
3457. CJCE, 8 novembre 1979, *Denkavit*, aff. 251/78, rec. p. 3369, [21]
3458. GALETTA (D.-U.), « Le principe de proportionnalité », voir p. 507 in *Traité du droit administratif européen*, 2e éd., sous la dir. de J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, *op. cit*.

excessives aux traités[3459]. Employé d'une façon plus relâchée sur les mesures prises par les institutions de l'Union, il garantit le respect des traités et du principe de subsidiarité, tout en donnant une légitimité à leurs actions. La Cour concilie ainsi l'intégration et la liberté des États.

b. La proportionnalité et la Cour européenne : un instrument nécessaire dans une société démocratique

Le contrôle de proportionnalité est un élément fondamental dans le mécanisme de protection des droits garantis par la Convention européenne[3460]. Pour autant, le terme n'apparaît pas dans le texte. Il ressort surtout de la présence de droits dits conditionnels se caractérisant par la possibilité d'y apposer des limites. S'opposant aux droits dits absolus, ils « illustrent la dialectique classique entre la sauvegarde des droits individuels et la défense de l'intérêt général »[3461]. En son cœur se trouve la proportionnalité. La Cour européenne va veiller à ce qu'un État, agissant légitimement pour préserver l'intérêt général, ne porte pas une atteinte excessive à un droit. Il y a donc ici l'expression de la « nécessité de préserver en période normale les institutions démocratiques »[3462]. La particularité de l'origine du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne est aussi illustrée par sa formulation. Comme nous le verrons, elle ne suit pas les trois étapes classiques ressortant de la jurisprudence allemande, ce qui peut faire douter sur l'influence qu'a eue ici cette dernière[3463]. Précisons toutefois que la proportionnalité peut se rencontrer occasionnellement lors de la préservation d'un droit absolu. Évidemment, il ne s'agit pas de restreindre les interférences provoquées par l'action de l'État. Plutôt, la Cour européenne peut user de la proportionnalité pour définir l'existence même de la violation d'un tel droit. L'affaire *Van der Mussele* en est un bon exemple[3464]. Le requérant, avocat en formation, s'était vu commettre d'office la défense d'une affaire, sans rétribution ni remboursement de ses frais. Il considère cette pratique comme constitutive d'un « travail forcé ou obligatoire », dont l'interdiction absolue est imposée par

3459. JACOBS (F.G.), « Recent Developments in the Principle of Proportionality in EC Law », *op. cit.* et TRIDIMAS (T.), « Proportionality in Community Law : Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny », pp. 65-84 in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, sous la dir. de E. Ellis, *op. cit*.
3460. MUZNY (P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, 2 tomes, PUAM, Aix-en-Provence, 2005, 734 pages ; SUDRE (F.), « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 13 mars 2017, pp. 502-513.
3461. SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, 13e éd., PUF, Paris, 2016, 1005 pages, p. 203.
3462. *idem*.
3463. McBRIDE (J.), « Proportionality and the European Convention on Human Rights », pp. 23-36 in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, sous la dir. de E. Ellis, *op. cit*.
3464. CEDH, 23 novembre 1983, *Van der Mussele v. Belgique*, série A n°70.

l'article 4-2 de la Convention européenne. La Cour européenne ne fait pas droit à cette qualification notamment, car « seul un déséquilibre considérable et déraisonnable entre le but poursuivi - accéder au barreau - et les obligations assumées pour l'atteindre pourrait justifier la conclusion que les services exigés de Me Van der Mussele au titre de l'assistance judiciaire revêtaient un caractère obligatoire malgré son consentement »[3465]. Faute d'une pratique entraînant un préjudice suffisant, le requérant ne peut pas invoquer le respect du droit, pourtant garanti de façon absolue.

Classiquement, pour qu'une « ingérence » soit justifiée au regard de la Convention européenne, la Cour oblige à ce que la mesure en cause respecte trois conditions : elle doit être prévue par la loi, viser un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique. C'est dans cette dernière étape que se niche le contrôle de proportionnalité. L'idée de « nécessité » dans l'ingérence se retrouve dans certains articles de la Convention[3466]. Pour la Cour européenne, elle « implique un besoin social impérieux ; en particulier, la mesure prise doit être proportionnée au but légitime poursuivi »[3467]. La mesure se doit de répondre à ce besoin (adéquation) et ne pas être excessive (nécessité et proportionnalité *stricto sensu*)[3468]. Le but est de préserver « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture », qui caractérisent une société démocratique[3469]. Tout l'objet de la proportionnalité est de garantir ces valeurs, et de les concilier avec la protection de l'intérêt général, et de trouver entre ces deux éléments un « juste équilibre »[3470].

Toutefois, cela ne signifie pas que la Cour européenne cherche à remplacer l'État dans l'appréciation des problèmes auxquels il doit faire face. Dès lors, un certain pouvoir lui est laissé, par le recours à la notion de « marge nationale d'appréciation »[3471]. Cette caractéristique apparaît

3465. [40].
3466. Tel est le cas des articles 8, 9, 10 et 11.
3467. CEDH, 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, série A n°109, [55]
3468. Par exemple, le contrôle de nécessité est utilisé dans l'affaire *Enhorn c. Suède* (CEDH, 25 janvier 2005, rec. 2005-I) : à propos de mesures prises pour isoler les patients atteints du SIDA, la Cour européenne résume ainsi son contrôle : « d'une part, si la propagation de la maladie est dangereuse pour la santé ou la sécurité publiques, et, d'autre part, si la détention de la personne contaminée constitue le moyen de dernier recours d'empêcher la propagation de la maladie, d'autres mesures, moins sévères, ayant déjà été envisagées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt public. Lorsque ces critères ne sont plus remplis, la privation de liberté perd sa justification ». Cette dernière condition n'étant pas remplie en l'espèce, la mesure est jugée contraire à la Convention européenne.
Pour ce qui est d'un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, l'affaire *Sunday Times c. Royaume-Uni* est un exemple clair : la Cour européenne (CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, série A, n°20) estime dans cette affaire être « appelée à mettre en balance les intérêts en présence et à en évaluer le poids respectif » ([44]). En l'occurrence, la censure d'un article paraissant sur un sujet d'intérêt public faisant l'objet d'un projet est une ingérence disproportionnée dans la liberté d'expression, au regard des avantages qu'en retire la bonne administration de la justice.
Voir : SUDRE (F.), « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *op. cit.*, p. 508 et pp. 510-513.
3469. CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, série A n°24, GACEDH, 7e éd., n°7, [49].
3470. CEDH, 6 septembre 1976, *Klass c. Autriche*, série A n°28, [59].
3471. LAMBERT (P.), « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », pp. 63-89 in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. F. Sudre, *op. cit.* ; ARAI-TAKAHASHI (Y.), *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Oxford, 2001, 300 pages.

nettement dans l'*affaire linguistique belge*[3472]. La Cour européenne « ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société de l'État […] Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi, elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention »[3473]. En somme, le juge de Strasbourg est prêt à laisser une certaine liberté à l'État dans la définition de mesures nécessaires à la protection d'un intérêt légitime pour lequel il est particulièrement bien placé pour apprécier la valeur. Il en va ainsi pour les motifs d'ordre public, notamment de moralité, ou de l'utilité publique d'une expropriation[3474]. Dès lors, le contrôle de proportionnalité ne peut s'identifier à un contrôle de l'opportunité de la mesure ; celle-ci reste déterminée par l'autorité nationale, dans le respect de la Convention européenne, dont les limites sont fixées par la Cour européenne.

Tous ces éléments apparaissent avec une particulière netteté dans l'affaire *Smith et Grady c. Royaume-Uni*[3475]. La décision de la Cour européenne fait suite à celle de la Chambre des Lords, à propos de l'interdiction des homosexuels dans l'armée britannique. Elle rappelle tout d'abord les principes de base de son contrôle : l'ingérence doit être nécessaire dans une société démocratique, mais dans ce cadre ce sont les autorités nationales qui sont les premières compétentes[3476]. La Cour européenne n'intervient que de façon subsidiaire. De là, il en découle que leur est reconnue « une marge d'appréciation qui dépend de la nature des activités en jeu et du but des restrictions »[3477]. Dans cette affaire en particulier entrent en contradiction deux éléments : d'une part, l'ingérence dans le droit à la vie privée des individus, garantie par l'article 8, est particulièrement importante, or « lorsque les restrictions dont il s'agit concernent « un aspect des plus intimes de la vie privée », il doit exister « des raisons particulièrement graves » pour que ces ingérences répondent aux exigences de l'article 8 § 2 de la Convention »[3478] ; d'autre part, le domaine en cause, l'activité

3472. CEDH, 23 juillet 1968, *affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, req. n°1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63 ; 2126/64.
3473. [10] dans la partie « en droit », I. B.
3474. Voir respectivement : CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, série A n°24, GACEDH, 7e éd., n°7, [48] (l'article 10-2 prévoit la possibilité de limiter la liberté d'expression pour des motifs propres à la protection de morale. La Cour européenne admet ainsi que l'État est le mieux placé pour définir ce que requiert la morale, et les mesures nécessaires pour en garantir la préservation en l'espèce. Il s'agissait ici d'une mesure de saisie, et de destructions de livres à caractère pornographique destinés à la jeunesse).
CEDH, 21 février 1986, *James et autres*, série A n°98, GACEDH, 7e éd., n°68, [46] : « Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'« utilité publique » ».
Voir : SUDRE (F.), « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *op. cit.*, p. 513.
3475. CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, rec. 1999-IV.
3476. [87].
3477. [88].
3478. [89].

militaire, appelle à laisser à l'État « une certaine marge d'appréciation »[3479]. En conclusion, le contrôle opéré en l'espèce est particulièrement poussé eu égard à l'importance même de l'ingérence (interdiction absolue) du droit en cause, mais aussi de la faiblesse argumentative de l'État. La Cour européenne reconnaît en effet qu'il peut justifier des ingérences dans le respect de la vie privée, au motif notamment que sans ces mesures, l'efficacité de l'armée pourrait en pâtir. Or, rien ici ne permet de démontrer un tel argument.

Le principe de proportionnalité utilisé par la Cour européenne est donc variable. Dépendant en partie de l'importance de la marge nationale laissée à l'État, sur le modèle des vases communicants, il est appelé à évoluer selon les éléments de contexte de chaque affaire[3480].

2. Une reconnaissance ancienne du contrôle de proportionnalité en France : l'évaluation du dispositif de l'acte au regard de ses motifs

Classiquement rangé au titre du contrôle de la qualification juridique des faits, le contrôle de proportionnalité prend une grande importance dans la jurisprudence contemporaine[3481]. Il est toutefois nécessaire d'apporter quelques précisions à son sujet. Le choix de le traiter à part n'est pas

3479. *idem*.

3480. CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, rec. 1997-I, [42] : « Selon la jurisprudence constante de la Cour, la notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux, et notamment proportionnée au but légitime recherché; pour se prononcer sur la "nécessité" d'une ingérence, la Cour tient compte de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales. La décision de ces dernières reste soumise au contrôle de la Cour, qui en vérifiera la conformité avec les exigences de la Convention. L'ampleur de la marge d'appréciation n'est pas la même pour toutes les affaires, mais varie en fonction du contexte. Parmi les éléments pertinents figurent la nature du droit conventionnel en jeu, son importance pour l'individu et le genre des activités en cause ».

Voir : McBRIDE (J.), « Proportionality and the European Convention on Human Rights », *op. cit.* in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, s*ous la dir. de E. Ellis, *op. cit.*

3481. Pour une telle catégorisation voir : AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., t. II, *op. cit.*, pp. 400-402 et pp. 407-411 (Le contrôle de proportionnalité est étudié dans le cadre du contrôle des motifs de fait, tantôt comme expression de l'erreur manifeste, tantôt comme contrôle de l'opportunité) ; DE LAUBADERE (A.) et GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, 16e éd., t. I, *op. cit.*, pp. 499-501 (Étudié au titre du contrôle des motifs) ; CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, p. 1066 et pp. 1074-1082 (Assimilation au contrôle de la qualification juridique des faits) ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 886-908 (Le contrôle de proportionnalité est rangé dans le contrôle des motifs puisque par son biais le juge « ne fait rien d'autre que d'exercer un contrôle de la qualification juridique des faits » (p. 887)) ; KALFLECHE (G.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », *Les Petites Affiches* 2009, n°46, pp. 46-53 (« […] la doctrine administativiste presque unanime estime que le contrôle de proportionnalité de l'acte ou de l'activité a lieu au moment de la qualification juridique des faits. Cette précision a une très grande importance, car c'est elle qui permet que le contrôle de proportionnalité ne se transforme pas en contrôle de l'opportunité » (p. 46)) ; BROYELLE (C.), « L'intensité du contrôle des motifs », voir p. 48 in *Cent ans après l'arrêt Boussuge*, *JCP A*, n°38-39, 24 septembre 2012 (L'auteur y assimile le bilan coûts-avantages et la qualification juridique des faits) ; SEILLER (B.), *Droit administratif*, t. II, 6e éd., *op. cit.*, p. 255 (Assimilation au contrôle de la qualification juridique des faits) ; LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, 9e éd., *op. cit.*, pp. 528-533 (L'auteur le range dans la catégorie des erreurs de fait).

Sur la question en général, voir : MOUTOUALLAGUIN (S.), « Le centenaire de l'arrêt *Gomel*, entre ombre et lumière », *DA* 2015, pp. 13-18, notamment pp. 15-16.

anodin. Selon nous, le contrôle de proportionnalité ne peut pas être rangé dans la catégorie de la qualification juridique des faits. Bien plus, il est un contrôle de la correspondance de l'acte avec ses motifs, non un degré d'appréciation de ces derniers (a.). Bien établi en jurisprudence, le contrôle de proportionnalité jouit d'une grande longévité. Apparu très tôt implicitement, il fait l'objet de développements récents par le juge administratif, visant à en assurer une utilisation plus assumée et claire (b.).

a. Un contrôle à part entière

Nous l'avons vu, il faut entendre la qualification juridique des faits comme cette opération d'évaluation des faits permettant de déterminer si la situation était de nature à justifier la prise d'une décision par l'administration[3482]. L'exemple topique est bien celui du comportement fautif, justifiant la prise d'une sanction. Le contrôle de proportionnalité est différent de cette évaluation[3483]. Il n'a pas vocation à dire si *une* décision était possible, mais si *la* décision en cause était adaptée à la situation. Il en ressort plusieurs caractéristiques.

En premier lieu, le contrôle de proportionnalité porte sur le dispositif de la décision, non sur ses motifs. En deuxième lieu, il permet au juge de confronter le dispositif aux motifs de l'acte, alors que la qualification juridique des faits conduit à opérer l'exercice inverse. Prenons l'exemple du comportement fautif : l'opération de qualification juridique vise à déterminer si les faits pouvaient être qualifiés de « faute » et donc conduire à une sanction ; le contrôle de proportionnalité, quant à lui, permet au juge de déterminer si la sanction retenue en l'espèce était justifiée par la gravité de la « faute ». En troisième lieu, ces deux opérations sont bien évidemment intimement liées. La seconde nécessite la première : ce n'est qu'en cas de faute qu'une sanction disciplinaire sera prise. Cela ouvre à l'administration un champ possible et prédéterminé de décisions. Le contrôle de proportionnalité sera alors utilisé pour évaluer la pertinence de celle retenue. Toutefois, cela ne conduit pas le juge en dehors du contrôle de légalité[3484].

3482. Voir *supra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, I, E, 3.
3483. Voir sur ce thème, en général : GUIBAL (M.), « De la proportionnalité », *AJDA* 1978, pp. 477-487 ; COSTA (J.-P.), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA* 1988, pp. 434-437 ; FROMONT (M.), « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, num. spéc., pp. 156-166 ; XYNOPOULOS (G.), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, en Allemagne et en Angleterre*, thèse, LGDJ, Paris, 1995, 463 pages ; TERRE (F.), « La proportionnalité comme principe ? », *JCP. A* 2009, 52-57 ; SERRAND (P.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente », *op. cit*.
Voir le dossier paru aux *Petites Affiches* (5 mars 2009, n°46) sur le principe de proportionnalité.
3484. Voir *supra* : Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II, I, A.
Pour un point de vue différent : AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., t. II, *op. cit.*, pp. 407-411 ; DE LAUBADERE (A.) et GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, 16e éd., t. I, *op. cit.*, pp. 499-

Michel Fromont considère que le contrôle de proportionnalité ne devait pas être perçu comme un contrôle du rapport entre l'acte et ses motifs, mais entre l'acte et son but. Pour l'auteur, « […] en réalité, derrière le motif il y a le but »[3485]. En somme, la mesure prise est évaluée au regard du but qu'elle poursuit : assurer l'ordre public ou punir la faute[3486]. Néanmoins, cette affirmation paraît quelque peu trompeuse. En effet, Michel Fromont met en évidence, à raison selon nous, le lien entre but et motif. Mais, c'est à tort qu'il assimile le contrôle de proportionnalité à une appréciation entre la mesure et son but. Il est possible de démontrer cela en formulant trois questions successives, basées, là encore, sur le domaine disciplinaire. La première est la suivante : dans quel(s) cas l'autorité compétente peut-elle utiliser son pouvoir de sanction ? La réponse est assez simple, mais relativement abstraite : lorsqu'il y a une faute. Ensuite, il faut se demander : y a-t-il une faute ? Ici, le juge porte son regard sur les motifs de l'acte, et notamment les faits et leur qualification. L'appréciation se fait plus concrète, car plus liée au cas d'espèce ; il s'agit d'un cas particulier de faute, celle constituée par le comportement en cause et dont l'administration cherche à sanctionner l'auteur. Enfin, la dernière question peut se formuler ainsi : au regard de la faute commise, l'autorité pouvait-elle prendre cette sanction ? On reconnaît ici le contrôle de proportionnalité. L'une des parties de la question est relative à « la » faute commise en l'espèce, et à l'évaluation de sa gravité. Certes, la décision sert à la sanctionner et donc, de façon abstraite, concerne « une » faute ; mais plus précisément, c'est à une étape ultérieure du raisonnement de l'administration que s'intéresse le juge via le contrôle de proportionnalité, et qui concerne « la » faute présente dans l'affaire. Le regard du juge porte donc bien sûr le rapport entre le dispositif de l'acte et ses motifs[3487]. Évidemment, les trois questions identifiées sont intrinsèquement liées comme leur formulation le démontre. Cependant, le contrôle de proportionnalité dépend bien plus de l'évaluation des motifs que des buts pouvant être poursuivis par l'administration. Nous dirions qu'il s'effectue au regard de l'*importance* du but, révélée par les motifs. Ce dernier point nous semble encore soutenu par un autre élément. Comme nous le verrons plus loin, le contrôle de proportionnalité est en principe structuré autour de trois étapes. Or, la première d'entre elles, l'appréciation de l'adéquation de la mesure, concerne la capacité de la mesure à remplir l'objectif légitime poursuivi ; cela dépend bien plus de l'évaluation de l'importance du but, que de sa légalité même, qui a déjà été affirmée lors de l'appréciation du détournement de pouvoir.

501.

3485. FROMONT (M.), « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 163.

3486. *idem*.

3487. Dans l'arrêt *Maugendre*, du 29 décembre 1997, le Conseil d'État note, à propos d'une réunion publique organisée par le Front National, qu' « il ne ressort pas des pièces du dossier que cette réunion ait été de nature à menacer l'ordre public dans des conditions telles qu'il ne pouvait être paré à tout danger par des mesures de police appropriées » (CE, 29 décembre 1997, *Maugendre*, rec. t. 826) . Cela revient à dire que les moyens utilisés (dispositif de l'acte) doivent être corrélés avec le trouble en cause (motifs de l'acte).

Il nous semble important de reconnaître que l'opération de contrôle de proportionnalité est un mécanisme à part entière dans l'arsenal que le juge détient pour s'assurer de la légalité de l'acte[3488]. La proximité des deux opérations n'est pas un élément dirimant de distinction. Après tout, la distinction du contrôle de la matérialité des faits et de leur qualification n'est pas des plus claires, sans que cela conduise à assimiler l'un à l'autre. D'un point de vue général, la construction des cas d'ouverture contient nécessairement une part d'arbitraire et de subjectivité qui la rend contestable. Toutefois, l'autonomisation du contrôle de proportionnalité permet à la fois de mieux en comprendre l'utilisation, et de mettre fin à certaines confusions ayant pu être faites à son sujet. D'ailleurs, la doctrine n'est pas ici la seule coupable, la jurisprudence administrative est loin d'être claire et cohérente dans l'utilisation du contrôle de proportionnalité[3489].

b. Une reconnaissance d'abord implicite

Déjà présent dans l'arrêt *Abbé Olivier*[3490], il va être plus clairement utilisé, en 1933, par l'arrêt *Benjamin*[3491]. Une conférence littéraire avait été interdite par le maire de Nevers au motif qu'elle risquait de causer des troubles à l'ordre public. La personnalité sulfureuse de l'intervenant, le sieur Benjamin, avait entraîné des menaces de manifestations de la part de syndicats notamment. Ne considérant pas pouvoir y faire face, le maire avait alors préféré recourir à l'interdiction. Cette

3488. DE LAUBADERE (A.) et GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, 16e éd., t. I, *op. cit*., pp. 500-501 (Bien qu'assimilé à un contrôle portant sur les motifs, il est distingué de la qualification juridique des faits) ; FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, 10e éd., *op. cit.*, pp. 561-566 (Le contrôle de proportionnalité est là aussi rangé dans le cadre du contrôle des motifs de fait, mais se distingue de leur qualification juridique ; les auteurs parlent d'un contrôle de « l'adéquation du contenu de l'acte à la condition » car « c'est, ici, le choix de la mesure qui est en cause ». (p. 561)).
Voir par exemple l'étude très révélatrice de Richard Deau (DEAU (R.), « Les liens unissant l'erreur manifeste d'appréciation et les contrôles « entiers » en matière de droit des étrangers », *RFDA* 2005, pp. 1188-1196). Étudiant l'évolution de la jurisprudence dans le contrôle des mesures prises dans le domaine du droit des étrangers, il soulève les difficultés à distinguer entre erreur manifeste, contrôle normal et de proportionnalité. Ces problèmes sont en fait la conséquence d'une mauvaise distinction et catégorisation des cas d'ouverture dus à l'assimilation du contrôle de proportionnalité à un degré maximum de contrôle. Agir ainsi ne permet pas, en effet, de comprendre qu'il puisse avoir des liens avec l'erreur manifeste d'appréciation.
3489. SEILLER (B.), « Bilan, balance des intérêts, adéquation, proportionnalité... », pp. 49-53 in *Cent ans après l'arrêt Boussuge*, *JCP A*, n°38-39, 24 septembre 2012, *op. cit*.
3490. CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, rec. 181 ; GAJA 21e éd., n°18 : Le maire de Sens avait pris un arrêté interdisant notamment aux membres du clergé vêtus de leurs habits sacerdotaux, d'accompagner, à pied les convois funèbres à travers les rues de la ville. L'arrêté est attaqué par l'abbé Olivier. L'acte administratif se fondait sur le maintien de l'ordre dans la commune. Le Conseil d'État précise toutefois que saisi par la voie de l'excès de pouvoir, il lui revient « non seulement de rechercher si cet arrêté porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale, mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire n'a pas, dans l'espèce, fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi ». Il en ressort une obligation de conciliation entre la préservation de l'ordre public et la protection de la liberté de culte. Pour le juge, « l'intention manifeste du législateur a été, spécialement en ce qui concerne les funérailles, de respecter autant que possible les habitudes et les traditions locales et de n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre ». Or, en l'espèce cette conciliation n'est pas justement opérée. Rien ne justifiait une telle atteinte à la liberté de culte. En cela, l'arrêté limite excessivement cette liberté.
3491. CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, rec. 541 ; GAJA 21e éd., n°43.

décision est attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir. Pour le juge, « s'il incombe au maire […] de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion »[3492]. Or, cette conciliation faisait ici défaut. Le Conseil d'État relève « que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre ». Dit autrement, l'atteinte portée à la liberté de réunion était disproportionnée eu égard à ce qui était nécessaire à la protection de l'ordre public. C'est au travers de cette appréciation de la nécessité de la mesure que le contrôle de proportionnalité va se développer en France. Si la mesure en cause ne remplit pas cette condition, elle sera considérée comme non adaptée à la situation à laquelle elle s'applique.

Dans la plupart des cas, la mesure sera excessive, mais il n'en va pas toujours ainsi[3493]. L'arrêt *Assistance Publique – Hôpitaux de Paris*, rendu en 2010 par le Conseil d'État en est un bon exemple[3494]. La directrice de cet établissement avait prononcé une mesure d'exclusion définitive à l'encontre d'une auxiliaire de puériculture stagiaire, au motif qu'une erreur dans la posologie d'un médicament avait entraîné la mort d'un enfant. Saisie par l'intéressée, la commission des recours du conseil supérieur de la fonction publique hospitalière, dont l'avis s'imposait, a considéré qu'une simple exclusion temporaire suffisait, au regard des circonstances particulières dans lesquelles le drame s'était déroulé. Le Conseil d'État annule cet avis, car la commission « a compte tenu de la gravité des fautes commises par Mlle B et des conséquences que ces fautes sont susceptibles d'avoir eu égard à la mission du service public hospitalier, entaché son appréciation d'erreur manifeste ». En somme, la sanction retenue en second lieu était insuffisante, et donc était inadaptée à la situation. Cela constitue une autre facette du contrôle de proportionnalité ; il permet de sanctionner tant les excès que les insuffisantes ; il veille à la recherche de la juste proportion.

c. Vers un contrôle explicite de proportionnalité ?

Longtemps utilisé de manière sibylline, le contrôle de proportionnalité se rapproche dorénavant de la structuration tripartite que l'on retrouve en droit allemand ou encore en droit de

3492. La même idée se retrouve dans l'arrêt *Abbé Olivier* puisqu'il s'agissait de concilier le maintien de l'ordre avec la liberté de culte.
3493. GUIBAL (M.), « De la proportionnalité », *op. cit.*, p. 479.
3494. CE, 7 avril 2010, *Assistance Publique – Hôpitaux de Paris*, rec. t. 826 ; *AJDA* 2010, pp. 2329-2332, note Bonnefort.

l'Union européenne[3495]. C'est ainsi que le Conseil d'État relève que la limitation de la liberté d'entreprendre, reconnue par le droit de l'Union « doit être prévue par la loi, respecter son contenu essentiel et, dans le respect du principe de proportionnalité, être nécessaire et répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui » ; de plus, « selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union européenne, exige que les actes des institutions de l'Union soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause et ne dépassent pas les limites de ce qui est nécessaire à la réalisation de ces objectifs. Lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés »[3496]. De même, sous l'effet de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, le juge administratif relève que « l'ingérence dans l'exercice du droit de toute personne au respect de sa vie privée que constituent la collecte, la conservation et le traitement, par une autorité publique, d'informations personnelles nominatives ne peut être légalement autorisée que si elle répond à des finalités légitimes et si le choix, la collecte et le traitement des données sont effectués de manière adéquate et proportionnée au regard de ces finalités »[3497].

Il s'agit de veiller à ce que la mesure en cause soit adaptée, nécessaire et proportionnée. La mesure est adaptée lorsqu'elle a la capacité d'atteindre l'objectif légitime qu'elle se fixe ; elle est nécessaire lorsque l'autorité compétente ne dispose pas d'autres moyens d'action, tout aussi efficaces, mais portant une atteinte moins forte aux libertés ; enfin, elle est proportionnée, au sens strict, lorsque les avantages qu'elle procure, de par la réalisation de l'objectif légitime, compensent au moins les atteintes portées aux droits et libertés[3498]. Certains arrêts mentionnent ces trois éléments. Tel est le cas dans l'arrêt *Association pour la promotion de l'image et autres*[3499]. Un décret

3495. MARSCH (N.) et TÜNSMEYER (V.), « The principle of proportionality in German administrative law », pp. 13-42 in *The Judge and the Proportionate Use of Discretion. A comparative study*, sous la dir. de S. Ranchordas et B. de Waard, Routledge, Londres, 2016. Dans le même ouvrage, voir : HAGUNEAU-MOIZARD (C.) et SANCHEZ (Y.), « The principle of proportionality in European law », pp. 142-159.
Voir également : XYNOPOULOS (G.), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, en Allemagne et en Angleterre*, *op. cit* ; FROMONT (M.), « Le principe de proportionnalité », *op. cit.* ; SCHWARZE (J.), « Le principe de proportionnalité », pp. 721-911 in *Droit administratif européen*, 2e éd., *op. cit.* ; GALETTA (D.-U), « Le principe de proportionnalité », pp. 501-542 in *Traité de droit administratif européen*, 2e éd., *op. cit*.
3496. CE, 10 mai 2017, *Fédération des fabricants de cigares et société Coprova*, n°401536, cons. n°22 et n°23.
3497. CE, 15 mars 2017, *Fédération nationale de la propriété privée rurale*, n°393894, cons. n°5.
3498. Sur ce point, nous trouvons tout à la fois louable dans l'intention, mais critiquable dans la réalisation, l'entreprise de Bertrand Seiller visant à user de la terminologie « allemande » du contrôle de proportionnalité en modifiant le sens des termes : soit la rationalisation du contrôle passe par une sorte de transposition de ces termes mais en conservant leur sens, soit elle se fait avec d'autres, afin d'éviter les confusions (SEILLER (B.), « Bilan, balance des intérêts, adéquation, proportionnalité... », pp. 49-53 in *Cent ans après l'arrêt Boussuge*, *JCP A*, n°38-39, 24 septembre 2012, *op. cit*).
3499. CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. 505 ; pp. 511-529, concl.

venait prévoir la mise en place d'un traitement automatisé des données à caractère personnel lors des demandes ou renouvellement de passeport. Afin de pouvoir vérifier que la personne en demandant le renouvellement est bien le titulaire du passeport, il est prévu que le traitement automatisé porte sur huit empreintes digitales, alors que le passeport en comporte seulement deux. Le Conseil d'État relève que cette différence n'est pas justifiée. En effet, la collecte et la conservation de huit empreintes « ne sont ni adéquates, ni pertinentes et apparaissent excessives au regard des finalités du traitement informatisé ». Il en conclut que « les requérants sont fondés à soutenir que les mesures prescrites par le décret attaqué ne sont pas adaptées, nécessaires et proportionnées ». Trois remarques doivent toutefois être faites.

En premier lieu, même avant leur utilisation explicite, les trois critères pouvaient se retrouver en jurisprudence. Par exemple, dans l'affaire *Mehu*, les requérants attaquaient l'arrêté pris par un maire interdisant l'extraction de divers matériaux sur le littoral de sa commune, ainsi que l'arrêté confirmatif du préfet rend cette mesure absolue et permanente, et l'étendant aux terrains privés[3500]. Le but des deux actes étaient de préserver une barrière naturelle de sable permettant la protection contre les marrées, en cas de tempêtes. Le Conseil d'État note que « de simples mesures de réglementation des conditions d'exploitation des carrières, notamment quant a leur éloignement et a leur profondeur, n'auraient pas été suffisantes pour assurer une protection efficace du rivage contre le danger dont s'agit ; que l'interdiction générale édictée par ledit arrêté est, par suite, justifiée ». Par cette formule simple, le Conseil d'État contrôle l'adéquation et la nécessité de la mesure : aucune mesure alternative ne pouvait permettre de remplir aussi efficacement le but recherché. En creux, le juge administratif accepte l'atteinte au respect de la propriété, du fait de l'importance du but d'ordre public poursuivi ; au sens strict, la mesure n'est pas disproportionnée. L'arrêt *Commune de Morsang-sur Orge* contient le même principe : pour le Conseil d'État l'interdiction d'une activité licite porte certes atteinte à la liberté de travail ainsi qu'à la liberté du commerce et de l'industrie, mais est légale « si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public »[3501]. Or, « tel est le cas en l'espèce, eu égard à la nature de l'attraction en cause ». L'activité portant atteinte à la dignité humaine, celle-ci ne peut être protégée que par une mesure absolue, la rendant, *de facto*, adéquate, nécessaire et proportionnée. L'arrêt *Benjamin*, en censurant l'interdiction de la tenue de la conférence, alors que le maire disposait de moyens alternatifs permettant de la concilier avec la garantie de l'ordre public illustre un cas

Boucher.

3500. CE, Sect., 20 juillet 1971, *Mehu et autres*, rec. 567.

3501. CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, rec. 372, concl. Frydman ; GAJA 21e éd., n°91.
Voir : *Commune de Morsang-sur-Orge* : *Les vingt ans de l'arrêt* Commune de Morsang-sur-Orge. *À propos de la dignité de la personne humaine, RFDA* 2015, n° 5 et 6.

d'utilisation du contrôle de nécessité. Enfin, dans son arrêt *Consorts Métayer et Époux Lacour*, le Conseil d'État n'hésite pas à censurer la déclaration d'utilité publique d'un projet promu par une commune, car cette dernière possédait déjà des terrains permettant sa réalisation dans des conditions équivalentes[3502]. En somme, cela revient pour le juge administratif à contrôler l'adéquation et la nécessité du projet ; il s'assure ainsi que l'autorité publique ne pouvait pas agir par d'autres moyens moins invasifs pour les droits, sans nuire à la qualité du projet. En effet, si elle dispose déjà de terrains, mais qu'ils ne permettent pas de réaliser l'opération dans des conditions similaires, alors cela ne nuit pas à son utilité publique[3503]. Récemment, le juge a semblé vouloir mettre un peu plus d'ordre et de clarté dans l'étude de l'utilité publique des projets d'urbanisme. L'arrêt *Commune de Levallois-Perret*, rendu en 2012, et notamment son troisième considérant, doit ici être mentionné[3504]. Le juge pose les bases de l'appréciation qu'il doit opéré en affirmant qu'« il appartient au juge, lorsqu'il doit se prononcer sur le caractère d'utilité publique d'une opération nécessitant l'expropriation d'immeubles ou de droits réels immobiliers, de contrôler successivement qu'elle répond à une finalité d'intérêt général, que l'expropriant n'était pas en mesure de réaliser l'opération dans des conditions équivalentes sans recourir à l'expropriation, notamment en utilisant des biens se trouvant dans son patrimoine et, enfin, que les atteintes à la propriété privée, le coût financier et, le cas échéant, les inconvénients d'ordre social ou économique que comporte l'opération ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ». On retrouve ici formulées les trois étapes classiques du contrôle de proportionnalité.

En second lieu, le triptyque utilisé expressément sert de conclusion au raisonnement. Une telle démarche ne nous paraît pas apte à refléter l'emploi d'un véritable contrôle de proportionnalité. Il devrait être posé en amont, puis structurer le contrôle. Le juge devrait prendre chaque critère du contrôle et veiller successivement à leur respect en l'espèce. Ce n'est pas l'utilisation qu'en fait le Conseil d'État, ce qui est regrettable. L'emploi qu'en fait le juge est trop sibyllin.

Enfin, les affaires dans lesquelles les termes « adéquat », « nécessaire » et « proportionné » restent, même s'ils se font plus nombreux, assez rares[3505]. Le juge administratif recourt bien au contrôle, mais de façon implicite. Tel est le cas, par exemple, dans un arrêt rendu le 11 juillet 2014[3506]. Était en cause un arrêté du préfet ordonnant l'euthanasie de trois chiens suspectés de rage.

3502. CE, 3 avril 1987, *Consorts Métayer et Epoux Lacour,* rec. 121.
3503. CE, Sect., 29 juin 1979, *Malardel*, rec. 294.
3504. CE, 19 octobre 2012, *Commune de Levallois-Perret*, rec. t. 800 ; *RDI* 2012, pp. 617-619, obs. R. Hostiou ; *AJDA* 2012, p. 1982, obs. Y. Jégouzo.
3505. Par exemple : CE, 9 novembre 2015, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne et SARL Les productions de la Plume et M. D. M'Bala M'Bala*, rec. 377 ; *RFDA* 2016, pp. 791-798, note P. Bon.
CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi, Société Numéricable et Société Parabole Réunion*, rec. 430, voir en particulier le considérant 113.
3506. CE, 11 juillet 2014, *Ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche, de la ruralité et de l'aménagement*

Concernant le premier, le juge relève que les suspicions étant très faibles, le préfet pouvait prendre des mesures « autres que l'abattage de ces animaux, notamment la mise sous surveillance de ceux-ci », permettant de « prévenir efficacement les risques de contamination des animaux menacés et de protéger la santé publique ». Il s'agit bien ici de l'application du critère de la « nécessité », bien que le juge n'y fasse pas clairement mention. La suite de l'arrêt est révélatrice de l'incertitude quant à l'usage exprès du contrôle de proportionnalité par le juge. Concernant les deux autres chiens en cause, la suspicion de rage n'était pas plus élevée que pour le premier. Dès lors, ce faible risque de contamination « n'est pas de nature à faire regarder comme proportionnées les décisions de les faire abattre dès lors qu'il était possible de les maintenir sous surveillance sans risque avéré pour la santé publique ». Le critère utilisé est le même. Pour autant, le juge emploie ici le terme « proportionné ». Malgré les incertitudes sémantiques, ce contrôle est bien utilisé par le juge, et ce, afin d'obliger l'administration à prendre des actes dont les restrictions pour les droits et libertés sont les plus minimes possible, eu égard à l'importance de l'intérêt à réaliser.

3. L'introduction en droit anglais d'un contrôle explicite de proportionnalité grâce au *Human Rights Act*

La proportionnalité a longtemps fait figure de parent pauvre dans le développement du contrôle des juges[3507]. Malgré les propos encourageant de Lord Diplock dans l'affaire *GCHQ*, pour lequel elle pouvait devenir le quatrième cas d'ouverture de la *judicial review*[3508] et les appels d'une partie de la doctrine[3509], elle n'a jamais reçu une place importante avant l'adoption du *Human Rights Act*. L'affaire *Brind* en est le meilleur exemple. Lord Ackner, notamment, y affirme que ce contrôle mène à l'évaluation des *merits* de la décision[3510] ; Lord Donaldson considère que la reconnaissance de la proportionnalité comme un cas d'ouverture à part entière « pourrait facilement et rapidement

du territoire c. M. Finas et Mme Namias, rec. t. 822.

3507. Voir en général : BOYRON (S.), « Proportionality in English Administrative Law : A Faulty Translation ? », *OJLS* 1992, pp. 237-264 ; BARAK (A.), *Proportionality. Constitutional Righst and their Limitations*, *op. cit.*, notamment pp. 192-194 ; DAVIES (A.C.L.) et WILLIAMS (J.R.), « Proportionality in English law », pp. 73-108 in *The Judge and the Proportionate Use of Discretion. A comparative study*, sous la dir. de S. Ranchordas et B. de Waard, *op. cit*.
Voir également : *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, sous la dir. de E. Ellis, Hart Publishing, Oxford, 1999, 224 pages.

3508. Sur l'organisation des cas d'ouverture de la *judicial review* par Lord Diplock, voir *supra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II, II.
Pour ce qui est de la possible admission de la proportionnalité comme quatrième cas d'ouverture, voir le jugement de ce Lord dans l'affaire dite *GCHQ* ([1985] AC 374, p. 410).

3509. JOWELL (J.) et LESTER (A.), « Proportionality : Neither Novel nor Dangerous », pp. 51-72 in *New Directions in Judicial Review*, sous la dir de J. Jowell et D. Oliver, Stevens & Sons, Londres, 1988.

3510. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] 1 AC 696, p. 762.

conduire les cours à oublier la nature de supervision de leur compétence et à substituer leur point de vue sur ce qui est approprié alors que cela appartient à l'autorité »[3511]. Une telle innovation ne pouvait être le fruit d'un développement de la *common law*, mais le résultat d'une loi. Après l'entrée en vigueur du *Human Rights Act*, sous l'effet de la jurisprudence de la Cour européenne, les juges l'ont utilisé de façon claire afin d'élever le niveau de leur contrôle (a.). La reconnaissance explicite du contrôle de proportionnalité en est la conséquence. Il serait pourtant trompeur d'en conclure qu'aucune idée de proportionnalité n'était présente auparavant. Utilisée de façon tacite, elle appartient en fait à la *common law*. Il est donc possible d'affirmer qu'avant même l'année 2000, la proportionnalité est « présente en tout élément sauf de nom »[3512] (b.). Cette présentation rompt avec la chronologie des arrêts, mais s'aligne sur la pensée de la doctrine anglaise. Depuis 2000, les juristes acceptent de mieux en mieux l'idée qu'existait un contrôle de proportionnalité avant l'introduction du *Human Rights Act*.

a. L'acceptation explicite d'un contrôle de proportionnalité sous l'effet du *Human Rights Act*

Les premiers effets de l'entrée en vigueur du *Human Rights Act* ne se sont pas fait attendre. Invocable dès octobre 2000, la première décision importante interviendra en 2001, permettant la reconnaissance explicite d'un contrôle de proportionnalité[3513]. Dans l'affaire *Daly*, la Chambre des Lords avait à connaître de l'interdiction faite à un prisonnier d'être dans sa cellule alors que des agents la fouillent et lisent la correspondance échangée avec son avocat[3514]. Ici, le jugement de Lord Steyn est d'une grande importance. Il se réfère à une affaire tranchée peu de temps auparavant, concernant l'expulsion d'un étranger et dans laquelle la Cour d'Appel a considéré que le « contrôle plus poussé » était d'une intensité suffisante[3515] ; elle s'alignait ainsi sur l'affaire *Smith*, en niant toute possibilité d'aller plus loin, et ce, même du fait de l'entrée en vigueur du *Human Rights Act*. Pour les juges de la Cour d'Appel, ce nouvel élément ne permet pas de remplacer l'autorité décisionnaire dans ses appréciations. Leur volonté est donc de maintenir une certaine distance entre eux et l'autorité publique ; en somme, ils refusent de contrôler les *merits* de la mesure[3516]. Le problème de cette approche est qu'elle a été l'objet d'une censure par la Cour européenne, dans l'affaire *Smith et*

3511. *ibid*., p. 722.
3512. MURRAY (H.), *Using Human Rights Law in English Court*, *op. cit.*, p. 216.
3513. BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, *op. cit.*, pp. 155-177.
3514. *R. (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26.
ELLIOTT (M). « Beyond the European Convention : Human Rights and the Common Law », *op. cit.*, pp. 12-15.
3515. *R. (on the application of Mahmood) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] 1 WLR 840.
3516. [33] (Laws J).

Grady.

Reprenant alors cette analyse, Lord Steyn met en avant plusieurs points qui restent, de nos jours, encore fondamentaux dans la compréhension du contrôle de proportionnalité en droit anglais.

En premier lieu, le contrôle de proportionnalité et le « contrôle plus poussé » ne sont pas opposés, mais se recoupent largement. En somme, que l'un ou l'autre soit utilisé, la décision des juges sera fréquemment la même[3517]. En cela, Lord Steyn peut assurer que le contrôle de proportionnalité n'est pas un contrôle des *merits*[3518]. Cette même idée a été récemment réaffirmée par la Cour Suprême[3519]. Le rôle des juges y est pourtant central. Comme nous l'avons déjà vu, ce sont eux qui donnent leur sens aux termes de la Convention européenne, au regard de la jurisprudence de la Cour, et non l'autorité publique. De plus, il leur revient de décider si une mesure viole la Convention européenne. Sur ce point, leur jugement s'impose à l'autorité publique[3520].

Toutefois, et en second lieu, Lord Steyn relève plusieurs différences entre ces deux méthodes de contrôle. Leur structure n'est pas similaire puisque, s'appuyant sur une division tripartite de l'appréciation de la mesure, le contrôle de proportionnalité apparaît bien plus clair. Celle retenue ici par Lord Steyn apparaît cependant critiquable. Elle inclut l'évaluation de la légitimité de l'objectif à atteindre, mais rejette la mise en balance[3521]. Or, si la première affecte l'appréciation de la proportionnalité, elle s'opère en amont. Une autre différence relevée par Lord Steyn tient à ce que le contrôle de proportionnalité « requiert que la cour effectue une balance de décision prise par l'autorité, et non qu'elle s'en tienne simplement à dire si elle est dans le champ des décisions rationnelles ou raisonnables »[3522]. En lien avec cette idée, le Lord note que cela nécessite de peser les intérêts en présence, et donc conduit à pousser plus loin le contrôle des juges. Dès lors si le contrôle de proportionnalité *stricto sensu* ne constitue pas une étape, il semble englober l'opération même de contrôle, et désigner l'intensité avec laquelle il est opéré. Enfin, même « plus poussé », le contrôle du caractère raisonnable de la décision ne permet pas forcément de garantir le respect des droits[3523]. Il est donc nécessaire pour les juges d'aller plus loin ; cela implique de vérifier si la

3517. *R. (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26, [27].
3518. [28].
Cette affirmation a été confirmée postérieurement : *R. (on the application of Carlile of Berriew QC) v. Secretary of State for the Home Department* [2014] UKSC 60.
3519. *R. (on the application of Youssef) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2016] UKSC 3, [57] (Lord Carnwath, rendant le jugement unanime de la Cour).
3520. *Belfast City Council v. Miss Behavin' Ltd* [2007] 1 WLR 1420, [13] (Lord Hoffmann) ; [44] (Lord Mance) ; [88] (Lord Neuberger).
3521. Lord Steyn s'appuie sur le jugement rendu par Lord Clyde dans l'affaire *de freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Land and Housing* ([1999] 1 AC 69, jugement de Lord Clyde, p. 80) du Conseil Privé, qui connaît des litiges au sein du *commonwealth* (*R. (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26 , [27]).
3522. *ibid*., [27].
3523. Voir *supra*, sur la décision *Smith et Grady* rendue par la Cour européenne : Partie II, Titre II, Chapitre I Section II,

limitation était « nécessaire dans une société démocratique, en ce qu'elle permet de répondre à un besoin social impérieux » mais également si elle était « réellement proportionnée au but légitime poursuivi »[3524]. L'influence sur le jugement de Lord Steyn de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg apparaît avec clarté dans la terminologie retenue.

Depuis cette décision, les cours anglaises n'ont pas hésité à user du contrôle de proportionnalité. Elles l'ont utilisé pour juger de la conformité à l'article 9-2 de la Convention européenne de l'interdiction faite, au sein d'une école, d'accueillir une élève portant un jilbab[3525] ; du respect de l'article 10 par l'interdiction faite à une opposante iranienne de venir au Royaume-Uni au motif que cela dégraderait les relations avec l'Iran[3526] ; de la proportionnalité d'un refus de diffuser un message politique contenant des images choquantes, au regard de l'article 10[3527] ; ou encore de la violation de l'article 8, pour limitation disproportionnée du droit au respect de la vie privée et familiale, par le *Immigration Act* de 2014 qui permettait de prendre des décisions visant à expulser un immigré tout en l'obligeant à faire appel de la décision en dehors du territoire[3528]. Les juges s'en servent également pour juger de la proportionnalité d'une loi restreignant le droit de chasse, au regard des articles 8 et 11[3529] ; c'est aussi sur son fondement qu'ils ont déclaré contraire à la Convention européenne la loi prévoyant la détention des non-nationaux suspectés de terrorisme, adoptée suite aux attentats du 11 septembre[3530].

b. Un outil de contrôle existant avant le *Human Rights Act*

Le *Human Rights Act* a permis de donner une légitimité au contrôle de proportionnalité par

I, B, 2, b, β.

3524. *idem*.

Pour un exemple récent de la structuration d'un jugement sous cette forme : *R. (on the application of P. & others) v. Secretary of State for the Home Department* [2017] EWCA Civ 321. Rendant le jugement pour la Cour d'Appel, Leveson P. a dû confronter le système visant à rendre accessibles certaines informations du casier judiciaire, nécessaires pour obtenir certains emplois, avec le respect de l'article 8 de la Convention européenne. Il va donc vérifier s'il est « prévu par la loi » et « nécessaire dans une société démocratique ». Aucun de ses deux éléments n'est respecté, en l'absence d'un pouvoir d'appréciation plus casuistique des éléments pouvant être communiqués. Le juge fait état de mesures alternatives possibles, cependant il déclare qu'il ne revient pas aux juges d'en décider, mais au législateur. Sur le fond, sur les quatre recours introduits en l'espèce, trois sont jugés en faveur des requérants, les décisions de communication des éléments du casier judiciaire ayant été prises trop automatiquement, conduisant à une interférence disproportionnée avec le respect de la vie privée.

3525. *R. (on the application of Begum) v. Denbigh High School Governors* [2007] 1 AC 100.

3526. *R. (on the application of Carlile of Berriew QC) v. Secretary of State for the Home Department* [2014] UKSC 60.

3527. *R. (on the application of Prolife Alliance) v. BBC* [2004] 1 AC 185.

3528. *R. (on the application of Byndloss) v. Secretary of State for the Home Department* [2017] UKSC 42.

3529. *R. (on the application of Countryside Alliance) v. Attorney General* [2007] UKHL 52.

Voir également à propos d'une loi interdisant les messages à caractère politique à la télévision, conduisant l'autorité en charge à refuser une campagne contre les traitements cruels reçus par les animaux : *R. (on the application of Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport* [2008] 1 AC 1312.

3530. *A v. Secretary of State for the Home Department* [2005] 2 AC 68.

les juges. Mais, il ne l'a pas véritablement introduit. Toutefois, il a permis aux juristes d'en accepter l'existence et de mieux en saisir les différents aspects. À partir de là, il a été possible de mettre en évidence que des jurisprudences antérieures étaient guidées par un esprit similaire. Bien évidemment, il ne faut pas s'attendre à trouver des affaires dans lesquelles les trois étapes classiques sont présentes. Toutefois, si la proportionnalité peut être réduite à la censure du caractère excessif d'une décision au regard de la situation factuelle y ayant donné lieu, donc en somme de l'évaluation de la réponse apportée à un problème, une telle appréciation se retrouve dans différentes affaires.

Déjà, en 1988, deux auteurs anglais pouvaient affirmer à propos de la proportionnalité qu'elle n'était « ni nouvelle ni dangereuse »[3531]. Ce titre résume tout le dilemme anglais vis-à-vis d'elle : elle est présente sans être reconnue, car son utilisation expresse porterait un coup important à la légitimité des juges. Le caractère restreint de la *judicial review*, contrôle uniquement de « supervision », leur interdit de se substituer à l'administration. Toutefois, deux situations ayant donné lieu à utilisation d'un tel contrôle peuvent être identifiées : lorsque le droit de l'Union européenne est en cause et lorsque le jugement est rendu uniquement en *common law.*

L'influence de la jurisprudence de la Cour de Justice a conduit les juges à contrôler la conformité d'une loi avec le droit de l'Union. Son impact sur le contrôle de proportionnalité ne peut étonner[3532]. Ainsi, dans l'affaire *International Trader's Ferry*, la Chambre des Lords avait à juger de la conformité au droit de l'Union d'une décision du chef de la police locale de diminuer la protection accordée à des camions transportant du bétail en vue de leur exportation[3533]. Des organisations défendant les droits des animaux mettaient en place des manifestations en vue d'empêcher l'accès au port de marchandise. Après plusieurs mois de protection policière à raison de cinq jours par semaine, le chef de la police avait décidé de diminuer la présence à deux jours par semaine. Cette mesure visait à rendre disponibles les ressources policières pour d'autres opérations. Une entreprise d'exportation conteste la validité de cette décision, en ce qu'elle conduit, de fait, à une restriction des exportations, en violation de l'article 34 du Traité CE. Bien qu'acceptant cet argument, la Chambre des Lords considère qu'en vertu de l'article 36 du même traité, l'État peut prendre des mesures justifiées par l'ordre public, à condition qu'elles soient proportionnées. Lord Cooke relève deux

3531. JOWELL (J.) et LESTER (A.), « Proportionality : Neither Novel nor Dangerous », *op. cit*.
Le titre fait référence aux propos de Millet J, ayant qualifié, en 1988, le contrôle de proportionnalité de « nouveau et dangereux » : *Allied Dunbar (Frank Weisinger) Ltd. v. Frank Weisinger* [1988] IRLR 60.
3532. LESTER (A.), « English judges as law makers », *op. cit.*, pp. 288-289 ; HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, pp. 262-296 ; GREEN (N.), « Proportionality and the Supremacy of Parliament in the UK », pp. 145-164 in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, sous la dir. de E. Ellis, *op. cit* ; FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, *op. cit*., pp. 221-222 ; JACOBS (F.), « European Law and the English Judge », pp. 419-437 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit*.
3533. *R. v. Chief Constable of Sussex ex p. International Trader's Ferry* [1999] 2 AC 418.

éléments[3534]. D'une part, la protection pour cinq jours par semaine apparaît extrêmement coûteuse financièrement. Toutefois, ce seul élément ne peut justifier une remise en cause totale de la présence policière. D'autre part, la mesure finalement retenue conduit à opérer un équilibre acceptable entre le besoin de garantir l'activité de l'entreprise requérante, et la nécessité d'utiliser les ressources avec parcimonie. Ce d'autant plus, qu'il apparaît difficile pour le juge de déterminer si un seul jour ou trois jours auraient été de meilleures solutions. D'autres éléments sont également pris en compte : ainsi Lord Cooke note que cela ne concerne qu'un seul port ; que la diminution de la présence policière est bénéfique pour la liberté de manifester des défenseurs de la cause animale, là où l'entreprise défend avant tout une activité purement commerciale ; et enfin, la décision est également profitable pour les citoyens des villes alentour qui pourront voir la présence policière y être accrue. En somme, la décision est proportionnée, car elle est justifiée par les nécessités de l'ordre public, et concilie différentes exigences[3535]. Une telle jurisprudence reste toutefois cantonnée aux cas entrant dans le champ d'application du droit de l'Union[3536].

D'essence libérale, la *common law* connaît aussi sous certains aspects, des exemples de contrôle de proportionnalité. Si des exemples anciens peuvent être donnés[3537], le développement des « droits constitutionnels » a accru cette tendance.

Au titre des exemples anciens, un cas déjà évoqué peut être rappelé ici : il s'agit de l'affaire *Roberts v. Hopwood*, jugée il y a presque un siècle[3538]. C'est à l'occasion de cette affaire que Lord Atkinson a considéré illégale l'augmentation, et la mise à égalité, des salaires entre hommes et femmes, pour les agents d'une ville. En somme, pour le Lord, cette décision viole l'obligation qu'avait le conseil d'agir raisonnablement envers ses contribuables. De plus, elle est motivée par des « principes excentriques de philanthropie socialiste » et des « ambitions féministes », ne constituant pas des raisons valables, toujours selon le Lord[3539]. La décision est en cela excessive : elle fait peser une charge sur les contribuables sans motivation valable. À l'inverse, dans l'affaire *Pickwell v. Camden London Borough Council*, la Cour du Banc de la Reine affirme que si l'autorité locale a bien un devoir envers ses contribuables, tel est également le cas envers tous les autres habitants, ainsi que ses salariés[3540]. Dès lors, contrôlant le caractère raisonnable d'une augmentation de salaire

3534. *ibid*., pp. 453-454.
3535. Pour un raisonnement et une conclusion similaire, voir le jugement de Lord Slynn, notamment pp. 439-440.
3536. *R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. First City Trading Ltd* [1997] 1 CMLR 250.
3537. Paul Craig a récemment mis en évidence certains cas laissant suggérer qu'un tel contrôle existait déjà dès le XVIIe siècle : CRAIG (P.), « Proportionality and Judicial Review : A UK Historical Perspective », pp. 145-166 in *General Principles of Law. European and Comparative Perspectives*, sous la dir. S. Vogenauer et S. Weatherill, Hart Publishing, Oxford, 2017.
3538. *Roberts v. Hopwood* [1925] AC 578.
3539. *ibid*., p. 594.
3540. *Pickwell v. Camden London Borough Council* [1983] QB 962.

de l'ordre de quinze à vingt pour cent, elle en conclut à sa légalité. Cette décision faisait suite à un mouvement de grève, et visée à y mettre fin. L'autorité locale a correctement mis en balance les différentes exigences pesant sur elle[3541]. Les juges vont même plus loin : à l'instar du Conseil d'État dans sa jurisprudence *Consorts Métayer et Époux Lacour*, la Cour du Banc de la Reine a considéré comme non raisonnable, la décision d'une commune cherchant à expulser des terrains pour y réaliser un projet, alors qu'elle en possédait déjà, qui étaient adaptés[3542] ; de même, la Cour d'Appel a considéré comme illégale la condition attachée à une autorisation d'urbanisme mettant à la charge de son titulaire la construction d'une route à usage du public alors qu'un autre moyen existe pour réaliser ces travaux[3543]. Là aussi, la nécessité de la décision est vérifiée par les juges. La reformulation du contrôle du caractère raisonnable d'une décision, en un sens plus souple et donc plus propice à censurer les erreurs de l'administration, constitue une tendance importante dans le développement d'un contrôle tacite de proportionnalité[3544].

Plus clairement encore, en 1976, dans l'affaire *Hook*, les juges de la Cour d'Appel ont considéré comme disproportionnée la révocation de la licence d'un marchand au motif que ce dernier avait uriné dans la rue et avait pu se montrer grossier[3545]. Lord Denning qualifie la sanction d' « excessive » et considère qu' « il y a d'anciens cas démontrant que la cour peut intervenir par voie de certiorari si la sanction est à la fois excessive et hors de proportion »[3546]. Notamment, le Lord donne l'exemple des peines d'amende : la porosité entre le droit administratif et le droit pénal, conséquence de l'histoire du *certiorari* constitue un pont permettant au juge de s'imprégner du principe de la proportionnalité des peines[3547]. En l'espèce, Lord Denning note qu'une peine plus faible aurait pu être infligée, notamment une amende ; Sir John Pennycuik relève quant à lui la disproportion entre la faiblesse de l'importance de l'incident et le caractère drastique de la sanction.

3541. *ibid*., pp. 987-988 (Lord Greene).
3542. *Brown v. Secretary of State for the Environment* (1980) 40 P. & CR 285, voir notamment pp. 291-292 (Forbes J.).
3543. *Hall & Co. Ltd v. Shoreham-by-Sea Urban DC* [1964] 1 WLR 240.
3544. Sur l'évolution sémantique qu'a connue ce contrôle voir, *supra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, II, B, 2.
Sur le lien entre proportionnalité et le contrôle dit de *Wednesbury* : VISRUTPICH (V.), *Le contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les autorités administratives en droit français et droit anglais*, thèse, dactyl., 1991, 413 pages, pp. 306-361 ; JOWELL (J.), « In the Shadow of Wednesbury », *JR* 1997, pp. 75-80 ; WALKER (P.), « Unreasonableness and Proportionality », pp. 169-232, en particulier pp. 215-217 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit*. ; WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., pp. 585-586 ; DAVIES (A.C.L.) et WILLIAMS (J.R.), « Proportionality in English law », voir pp. 75-80 in *The Judge and the Proportionate Use of Discretion. A comparative study*, sous la dir. de S. Ranchordas et B. de Waard, *op. cit.* ; CRAIG (P.), « The Nature of Reasonableness Review », *Current Legal Problems*, 2013, pp. 131-167 ; « Judicial review and anxious scrutiny : foundations, evolution and application », *op. cit*. ; WILLIAMS (R.), « Structuring substantive review », *PL* 2017, pp. 99-123.
Voir également la série d'articles publiés par Ian Turner portant sur la *judicial review*, le contrôle de l'« opportunité », et le caractère déraisonnable des décisions.
3545. *R. v. Barnsley MBC, ex p. Hook* [1976] 1 WLR 1052.
3546. *ibid*., p. 1057.
Voir également le jugement de Sir John Pennycuik, pp. 1062-1063.
3547. L'article 10 du *Bill of Rights* interdit les peines excessives. Il a été utilisé explicitement dans l'affaire *R. v. Governor of Pentoville, ex p. Herbage (n°2)* ([1987] QB 1077).

Le premier juge s'appuie plutôt sur un contrôle de la nécessité, là où le second semble plutôt user de ce qui s'approche d'un contrôle de la proportionnalité *stricto sensu*. Dans l'affaire *Phoenix Aviation*, Brown LJ a considéré que l'interdiction par le Conseil de la ville de Coventry de toute activité commerciale relative au transport de bétails dans un aéroport « était totalement disproportionnée au regard des risques pour la sécurité existants à l'époque »[3548]. En l'espèce, la mesure avait été prise en réaction à des protestations fréquentes d'associations militant contre la souffrance animale. La prise en compte de ces pressions est condamnée par le juge. De plus, il relève qu'un tel risque pour l'ordre public peut conduire à modifier voire à suspendre temporairement les autorisations d'utiliser l'aéroport ; dans ce cas la décision serait légale[3549]. L'interdiction générale et absolue est disproportionnée, notamment, au regard du critère de la nécessité.

Plus récemment, l'intérêt porté par les juges à la protection des droits s'est révélé être un vecteur de raisonnements fondés sur la proportionnalité de la mesure. Par exemple, dans l'affaire *Brind*, si Lord Donaldson refusait de faire du contrôle de proportionnalité un cas d'ouverture à part, il considérait toutefois que le contrôle du caractère raisonnable de la décision pouvait permettre de sanctionner les « disproportions »[3550]. De même, Lord Templeman, en appelant à un « contrôle plus poussé » sur la décision considère que cela revient, dans les termes de la Cour européenne, à vérifier si « la limitation de la liberté d'expression est nécessaire et proportionnée au préjudice que la restriction cherche à prévenir »[3551]. Lord Brigde émet la même opinion en demandant à ce qu'une limitation d'une liberté fondamentale soit forcément justifiée par un intérêt public prépondérant[3552] ; *a contrario*, sans un tel élément, la décision paraître excessive et donc disproportionnée. D'une façon générale, tant le « principe de légalité » que la technique du « contrôle plus poussé » permettent une approche similaire à un contrôle de proportionnalité[3553]. Par leurs biais, les juges obligent à ce que la limitation d'un droit soit clairement établie et justifiée. Cela signifie que si tel n'est pas le cas, alors le droit prédomine, car la limitation, dont l'utilité n'est pas démontrée eu égard à ses effets négatifs, est en fait disproportionnée. Dès lors, quand bien même une loi autoriserait l'administration à prendre des décisions affectant les droits, ce n'est que dans la mesure où elles sont strictement nécessaires[3554]. Deux ans avant l'adoption du *Human Rights Act*, les juges ont admis qu'il

3548. *R. v. Coventry City Council, ex p. Phoenix Aviation* [1995] CLC 757, p. 780.
3549. *ibid*., p. 779.
3550. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] 1 AC 696, p. 722.
Voir : FENWICK (H.), *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, *op. cit*., pp. 109-113.
3551. *ibid*., p. 751.
3552. *ibid*., p. 749.
3553. HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, *op. cit.*, pp. 207-261 ; DAVIES (A.C.L.) et WILLIAMS (J.R.),« Proportionality in English law », voir pp. 79-80 in *The Judge and the Proportionate Use of Discretion. A comparative study*, sous la dir. de S. Ranchordas et B. de Waard, *op. cit.*
3554. *R. v. Secretary for State for the Home Department, ex p. Leech (No.2)* [1994] QB 198 : le jugement de Steyn J.,

existait une présomption en *common law* selon laquelle le Parlement n'avait pas entendu que le ministre use de son pouvoir pour limiter de façon disproportionnée les droits fondamentaux d'un individu[3555].

La corrélation faite entre « le principe de légalité », le « contrôle plus poussé » et le contrôle de proportionnalité a permis aux juges de ne pas avoir à consacrer explicitement ce dernier. Notamment, l'utilisation du contrôle du caractère déraisonnable, dans sa formulation classique ou « plus poussée », comme substitue au contrôle de proportionnalité illustre deux choses : d'une part, la relativité des catégorisations des cas d'ouverture et, d'autre part, le lien entre l'évaluation des motifs de l'acte et sa proportionnalité. Toutefois, la Cour européenne a pointé les défauts de ces techniques. Manquant en clarté, elles ne permettent pas d'assurer un niveau suffisant de protection. Suite à l'adoption du *Human Rights Act*, et dans la lignée de la tendance de la jurisprudence à autonomiser les droits de *common law* des mécanismes de garantie offerts par la Convention européenne, les juges se sont de plus en plus intéressés à la question de la reconnaissance à part entière d'un contrôle de proportionnalité.

B. L'importance accrue du contrôle de proportionnalité dans le cadre du recours pour excès de pouvoir et de la judicial review *: un outil nécessaire à la garantie des droits*

L'étude du contrôle de proportionnalité tant dans les systèmes européens qu'internes confirme qu'il est conçu en premier lieu comme un outil de garantie des droits. Dès lors, il faut

---

déjà étudié, montre que suivant l'importance du droit en cause, une interférence par le biais d'une décision administrative doit être plus ou moins justifiée. La corrélation entre le poids accordé au droit et la nécessité de justifier la limitation caractérise un contrôle de proportionnalité ; une même mesure affectant deux droits d'importance inégale pourra être justifiée dans un cas, mais pas dans l'autre. En l'espèce, l'interception des courriers entre un détenu et son avocat est prévue de façon générale ; elle ne correspond pas au « minimum nécessaire » (*ibid*., p. 212). Pour Steyn J., cette mesure n'a aucune justification objective, et se révèle trop générale et absolue (*ibid*., pp. 212-217).
Voir également les jugements de Lord Bridge dans *Bugdaycay* (*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Bugdaycay* [1987] AC 514) et Lord Steyn dans *Simms* (*R. v. Secretary of State for the Home Department , ex p. Simms* [2000] 2 AC 115) affirmant également que plus l'atteinte à un droit est importante, plus elle devra être justifiée, et plus le contrôle sera rigoureux.
Voir : LAWS (J.), « Wednesbury », *op. cit*. in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC,* sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; OWEN (T.), « Prisoners and Fundamental Rights », *JR* 1997, pp. 81-85 ; STARMER (K.) et KLUG (F.), « Incorporation through the back door ? », *PL* 1997, pp. 223-233, voir pp. 228-232.
3555. *R. v. Secretary of State for Social Security, ex p. Joint Council for the Welfare of Immigrants* [1997] 1 WLR 275 : les actes réglementaires pris en application du *Social Security (Contributions and Benefits) Act* de 1992 prévoient qu'une personne immigrée ne peut prétendre à une aide financière découlant du statut de demandeur d'asile s'il ne fait pas une telle demande dès son arrivée sur le territoire ou encore s'il fait appel de la décision de rejet de ce statut par le ministre. La Cour d'Appel considère qu'une telle disposition viole le *Asylum and Immigration Act* de 1993 conférant le droit de faire une demande d'asile. La réglementation adoptée porte une atteinte manifeste aux droits fondamentaux en laissant l'individu dans une situation très précaire. La Cour d'Appel fait ici application de la jurisprudence *Leech*.

constater qu'afin de se tourner vers la protection des individus, c'est à la promotion du contrôle de proportionnalité que procèdent les juges. Son extension constitue le nouvel enjeu des jurisprudences française et anglaise. La seconde, en retard par rapport à la première, multiplie les réflexions sur sa généralisation (1.). Pourtant, si un tel développement semble devoir être salué, il fait peser plusieurs incertitudes. Notamment, le caractère intrinsèquement limité du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review*, garant de la légalité, pose une nouvelle problématique aux juges : celle du caractère efficace de ces deux recours. Surtout, c'est lorsqu'ils sont confrontés aux exigences de la Convention européenne que leurs carences semblent apparaître avec le plus de force, et que leur capacité à protéger l'individu pose question (2.).

1. La protection des droits par le développement du contrôle de proportionnalité

Deux tendances peuvent être identifiées en droit français et en droit anglais. L'extension du contrôle de proportionnalité est irriguée par la recherche constante par le juge d'un meilleur contrôle sur l'action administrative (a.). Elle se fait de façon plus systématique et fréquente, grâce à l'extension de son champ matériel d'application. Elle traduit également la volonté du juge d'aller toujours plus profondément dans les appréciations de l'administration afin d'en contrôler, avec plus d'intensité, la rectitude (b.). Dans les deux pays, l'influence de la Convention européenne sur la généralisation et l'intensification du contrôle ressort nettement.

a. Un outil de contrôle en développement

La jurisprudence française ayant très tôt reconnu implicitement, mais sûrement que l'action administrative devait être proportionnée a également su l'étendre à divers domaines (*α.*). La plus grande proximité historique entre le Conseil d'État et l'administration, le premier jouant « un peu le rôle de supérieur hiérarchique des autorités administratives », a été un vecteur non négligeable de cette extension, expliquant pourquoi encore aujourd'hui, le juge anglais tergiverse sur sa généralisation[3556]. Aux prises avec une recherche constante de légitimité lorsqu'il pousse plus loin son regard dans le contrôle de l'administration, il reste aujourd'hui au stade des questionnements (*β.*).

3556. BOYRON (S.), « Proportionality in English Administrative Law : A Faulty Translation ? », *OJLS* 1992, pp. 237-264.

α. Le développement d'un contrôle entier de proportionnalité en France

La jurisprudence sur le contrôle de proportionnalité a gagné ses lettres de noblesse dans le domaine des décisions de police. Concrétisant la célèbre phrase, aux accents de *common law*, du commissaire du Gouvernement Corneille, dans l'arrêt *Baldy*, pour qui « la liberté est la règle, la restriction de police l'exception »[3557], le Conseil d'État a entrepris de s'assurer que les autorités publiques n'entreprennent aucune mesure excessive pour préserver l'ordre public. Ce même arrêt, et les éclairantes conclusions de Corneille, l'illustrent d'ailleurs. Le Préfet de l'Hérault avait interdit l'exhibition du drapeau tricolore affublé d'un emblème quelconque dans tous lieux ouverts au public ; il avait également prohibé le port et la vente d'insignes aux couleurs nationales comportant également un emblème. Le but était de protéger l'ordre public, en évitant des mouvements de foules spontanées, dans un moment où la concorde nationale était recherchée. S'appuyant sur les conclusions Chardenet rendues sur l'affaire *Abbé Olivier*, le commissaire du Gouvernement Corneille rappelle qu'une telle mesure de police doit se justifier « en entier par les nécessités pour l'ordre public »[3558]. Il en conclut à l'illégalité de la première mesure, de par son caractère trop général, car elle ne distingue pas la voie publique des commerces ; la première peut être le lieu de troubles justifiant l'interdiction, mais non les seconds. Quant à la seconde mesure, Corneille relève que « si la sécurité publique exige et justifie la disparition de tout insigne immoral […] il faut […] ne pas tout englober dans une prohibition générale, susceptible de dépasser les nécessités qui en forment la raison exclusive »[3559]. Or, en l'espèce, l'autorité de police aurait dû, pour garantir la liberté de conscience, distinguer entre le port d'insignes lors de manifestations collectives et le port à titre individuel ; seule la première situation justifie la prohibition, non la seconde. Le Conseil d'État suivra en tous points le raisonnement et les conclusions de son commissaire du Gouvernement, annulant entièrement la seconde mesure, mais uniquement partiellement la première, pour la maintenir en ce qu'elle s'applique à la voie publique. En somme, les illégalités constatées se fondent sur la généralité des mesures. Il en ressort deux choses : l'ordre public n'était pas un motif suffisant pour justifier des interdictions aussi générales, conduisant à leur caractère excessif ; d'autres moyens permettaient de garantir l'ordre public et de ménager les libertés en cause, par une meilleure distinction des situations. L'arrêt et les conclusions reflètent un contrôle de la nécessité de la mesure. Le juge administratif peut donc veiller à ce que l'autorité administrative concilie cette exigence avec le respect des droits reconnus aux individus : il en va ainsi du droit de

3557. CE, 10 août 1917, *Baldy*, rec. 636, voir p. 640. Le commissaire du Gouvernement affirme, dans la même veine, « que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens » (*idem*).
3558. *idem*.
3559. rec. 644.

mener une vie familiale normale[3560], du respect de la vie privée[3561], de la liberté de conscience, de réunion[3562] ou encore de droit reconnu par des textes spécifiques comme le droit d'obtenir une carte de séjour[3563].

Pendant longtemps, le Conseil d'État a refusé d'entrer trop pleinement dans l'appréciation des mesures de police relatives aux étrangers[3564]. La Convention européenne a joué ici un rôle important dans l'extension du contrôle de proportionnalité. L'arrêt *Touami Ben Abdeslem*, rendu le 25 juillet 1980, est un exemple de cette restriction initiale[3565]. Était en cause une mesure d'expulsion d'un étranger du territoire national au motif que sa présence constituait une menace pour l'ordre public. Le Conseil d'État considère que le ministre fonde sa décision sur des éléments pertinents. Le requérant avait été condamné pour viol et sa peine de prison arrivait à son terme. Le choix de cette décision par le ministre ne constitue pas une erreur manifeste d'appréciation selon le juge. Il est intéressant de relever qu'avait été expressément invoqué l'article 8 de la Convention européenne. Cet argument est écarté sans explication particulière par les juges du Palais Royal, estimant seulement que le requérant ne pouvait utilement s'en prévaloir.

Onze années plus tard, par son arrêt *Beldjoudi*, le Conseil d'État accepte qu'un requérant oppose le respect de l'article 8 de la Convention européenne à une mesure d'expulsion[3566]. L'effet est immédiat : le juge veille à la proportionnalité de l'atteinte à ce droit au regard des risques que comporte la présence de l'individu sur le territoire national[3567]. La première annulation d'une mesure d'expulsion interviendra seulement trois mois plus tard, dans un arrêt *Belgacem*[3568]. En l'espèce, le requérant avait été condamné pour plusieurs vols. Le juge relève aussi qu'il était en charge de sa famille, depuis le décès de son père, et que son comportement depuis qu'il avait été condamné, ne démontrait pas de risque grave pour l'ordre public. Il en conclut donc que la mesure d'expulsion « a, eu égard à la gravité de l'atteinte portée à sa vie familiale, excédé ce qui était nécessaire à la défense

3560. CE, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, rec. 171 ; GAJA 21e éd., n°88.
3561. CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. 505 ; pp. 511-529, concl. Boucher.
3562. L'arrêt *Benjamin* en est un exemple : CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, rec. 541 ; GAJA 21e éd., n°42.
3563. CE, Sect., 17 octobre 2003, *Boushane*, rec. 413.
3564. DEAU (R.), « Les liens unissant l'erreur manifeste d'appréciation et les contrôles « entiers » en matière de droit des étrangers », *RFDA* 2005, pp. 1188-1196.
3565. CE, 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslem*, rec. t. 820 ; *JCP G* 1981, n°19613, note B. Pacteau.
Voir aussi : CE, Ass., 21 janvier 1977, *Ministre de l'Intérieur c. Dridi*, rec. 38.
3566. CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, rec. 18.
3567. La formulation de l'arrêt n'est, à ce titre, pas des plus claire. Le requérant avait été condamné à huit ans de réclusion criminelle pour vols qualifiés avec violence. Le juge relève que « la mesure attaquée, fondée sur la défense de l'ordre public était, eu égard au comportement du requérant et à la gravité des actes commis par lui, nécessaire pour la défense de cet ordre ; que, dans ces conditions, elle n'a pas été prise en violation de l'article 8 de ladite convention ». La lecture de cette phrase semble indiquer qu'il suffit que la mesure soit prise dans un but de défense de l'ordre public pour qu'elle respecte l'article 8. Un tel raisonnement n'aurait aucun intérêt. Il faut entendre ici le mot « nécessaire » dans le sens de « proportionné ».
3568. CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, rec. 152, concl. Abraham.

de l'ordre public ». L'idée de proportionnalité est beaucoup plus apparente ici. Pour confirmer son utilisation, le commissaire du Gouvernement fait appel à divers arguments. Notamment, en n'opérant pas cette évolution, le juge administratif expose la France à une condamnation de la Cour européenne[3569]. Pour éviter cela, il est nécessaire que le Conseil d'État examine, lui-même, le respect de l'article 8 par les mesures d'expulsion et il ne doit pas appliquer des standards de protection inférieurs à ceux de la Cour européenne.

On le voit, l'influence de la jurisprudence de la Cour justifie en premier lieu le passage à un contrôle de proportionnalité de la mesure. Il est certain, en revanche, que c'est autant par nécessité de respecter son autorité que par volonté du juge de ne pas perdre totalement la main sur sa jurisprudence. L'évolution repose ici sur une certaine ambivalence. Néanmoins, que ce soit par déférence ou par une volonté teintée de chauvinisme, l'influence de la Convention européenne est indéniable. De lui-même, le Conseil d'État a également développé un contrôle de proportionnalité dans des domaines plus éloignés de la protection des droits.

Par exemple, c'est à un tel contrôle qu'il se livre sur l'utilité publique des projets d'urbanisme. Il est classique d'affirmer que le contrôle de proportionnalité à fait son entrer dans le contentieux des déclarations d'utilité publique le biais de l'arrêt *Ville Nouvelle Est*[3570]. En effet, le juge va inaugurer l'utilisation du contrôle du bilan coûts-avantages. Il précise « qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ». La doctrine, suite à cet arrêt, a fait de cette jurisprudence le point culminant de l'intensité du contrôle du juge[3571]. Nous verrons que cette affirmation est erronée[3572]. Toutefois, c'est bien à un contrôle de proportionnalité que se livre le juge administratif, même s'il ne permet pas ici, au premier plan, la protection des droits des individus[3573].

Plus précisément, il faut rattacher le bilan à la proportionnalité *stricto sensu*. Par le biais de cette étape du contrôle, le juge s'assure que, malgré la pertinence de la mesure et l'absence de

3569. Il mentionne également l'innovation apportée par la jurisprudence *Nicolo*, ainsi que le fait que le Conseil d'État pratiquait déjà le contrôle de proportionnalité dans d'autres domaines (rec. pp. 156-157).
3570. CE, Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »*, rec. 409, concl. Braibant ; GAJA 21e éd., n°80.
3571. Par exemple, dans leur manuel, Charles Debbasch et Frédéric Collin le qualifient expressément de « contrôle maximum » : DEBBASCH (C.) et COLLIN (F.), *Droit administratif*, 11e éd., Economica, Paris, 2014, 752 pages, p. 689.
3572. WACHSMANN (P.), « Un bilan du bilan en matière d'expropriation. La jurisprudence Ville Nouvelle Est, trente ans après », pp. 733-748 in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002 ; SERRAND (P.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente », *RDP* 2012, pp. 902-923.
3573. Pour Michel Fromont, cette circonstance interdit de faire du bilan un contrôle de proportionnalité : FROMONT (M.), « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, num. spé, pp. 156-166.

mesures alternatives aux effets moins négatifs, la décision ne cause pas des dommages trop importants par rapport à ses effets positifs. L'intérêt public de l'opération est ainsi mis en balance avec le coût financier, le coût social, le coût environnemental voire d'autres intérêts publics que le projet pourrait préjudicier. Le juge passe donc de la logique binaire classique (intérêt public – liberté) à une logique multipolaire[3574]. La « mise en balance » reflète particulièrement bien la mise en œuvre de la proportionnalité *stricto sensu*. Cette conclusion est renforcée, selon nous, par un autre élément : le juge n'hésite pas, avant de contrôler le bilan, à vérifier l'adéquation et la nécessité du projet. Nous en avons vu un exemple avec l'affaire *Consort Métayer et Époux Lacour*, le Conseil d'État allant jusqu'à censurer une déclaration d'utilité publique au motif que le maire avait à sa disposition des terrains lui permettant de réaliser le projet souhaité[3575]. Celle-ci peut ainsi faire l'objet d'un contrôle de la nécessité, c'est-à-dire la recherche d'un moyen alternatif moins désavantageux pour réaliser le projet tout aussi efficacement[3576]. L'étude de trois arrêts va permettre d'illustrer la plus grande clarté vers laquelle se dirige le Conseil d'État dans le contrôle de la proportionnalité de la déclaration d'utilité publique.

Les trois étapes du contrôle de proportionnalité apparaissent en effet clairement, et successivement, dans les termes de l'arrêt *Fédération Alto et autres*[3577]. Un décret avait déclaré d'utilité publique la construction d'une ligne ferroviaire de cent quatre-vingt-deux kilomètres. Il est contesté pour excès de pouvoir par certaines associations ainsi que des particuliers. Le Conseil d'État, s'intéressant à l'utilité publique même du projet, opère un contrôle en trois temps. D'une part, il considère qu'il est d'intérêt public, car il répond notamment « à l'objectif national d'aménagement du territoire d'une meilleure desserte de la Bretagne »[3578]. Le projet envisagé est bien adéquat, au sens que prend ce terme dans le contrôle de proportionnalité. D'autre part, le juge de l'excès de pouvoir prend en compte un autre projet, proposé par les requérants. Après en avoir étudié les

3574. FROMONT (M.), *ibid.*, p. 164.
3575. CE, 3 avril 1987, *Consorts Métayer et Époux Lacour*, rec. 121.
3576. Cela ressort également de l'arrêt *Malardel*. Le juge va considérer, concernant l'extension des services municipaux de la ville de Sceaux, que le fait que la municipalité dispose d'un jardin à côté de ses locaux n'est pas suffisant pour réaliser le projet dans des conditions équivalentes : il y a donc bien à la fois contrôle de l'adéquation (le juge vérifiant si le projet et la solution alternative permettent ou non d'atteindre le but poursuivi), et de la nécessité (le juge portant un regard sur les solutions alternatives moins coercitives pour les individus, car ne nécessitant pas d'expropriation) (CE, Sect., 29 juin 1979, *Malardel*, rec. 294, concl. Dondoux). Dans ses conclusions, le commissaire du Gouvernement fait explicitement du contrôle des mesures alternatives ne portant aucun préjudice au droit de propriété la deuxième étape du contrôle de l'utilité publique du projet (voir notamment rec. 299).
3577. CE, 28 décembre 2009, *Fédération Alto et autres*, req. n°311831.
3578. Le juge relève ainsi qu'il permettra « une augmentation du nombre de voyageurs estimée à 2,12 millions lors de sa mise en service, avec des gains importants en termes de confort des usagers, de sécurité et de réduction de la pollution [...] en réduisant de plus d'une demie heure, sans nuire à la qualité de la desserte des villes de Laval et du Mans, la durée du trajet entre Paris et Rennes et par voie de conséquence la durée du trajet de Paris à Brest et Quimper ».

caractéristiques, le juge considère qu'il ne peut constituer une mesure alternative valable au projet retenu. En somme, il ressort de cela que le projet alternatif proposé n'est pas moins désavantageux et que, de surcroît, il n'y a aucune certitude sur son niveau d'adéquation[3579]. Il ne permet pas de réaliser aussi efficacement l'objectif visé sans porter des atteintes moins graves à la propriété. Il s'agit bien d'un contrôle de la nécessité du projet. Enfin, il utilise la troisième et dernière étape du contrôle de proportionnalité, caractérisée par le bilan coûts-avantages du projet déclaré d'utilité publique. Le juge y sous-pèse les éléments propres du projet en cause, sans les mettre en relation avec des projets alternatifs[3580]. Ce sont ses propres mérites qui sont évalués.

C'est encore à un contrôle similaire que procède le Conseil d'État dans l'arrêt *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil, du Poitou et de Migne-Auxantes*[3581]. Cette fois, la méthode d'appréciation de l'utilité publique se découpe en plusieurs temps, bien distincts. Chacun est formalisé par un considérant propre. Il était ici mis en cause un décret déclarant d'utilité publique la création d'une ligne ferroviaire entre diverses communes. Si l'on peut dans cet arrêt distinguer quatre étapes dans le contrôle du juge, c'est qu'en fait, le juge de l'excès de pouvoir apprécie deux projets alternatifs, distinctement. *In fine*, c'est bien à trois appréciations que se réduit le contrôle : la capacité du projet à réaliser le but souhaité, l'absence de mesures alternatives équivalentes en efficacité, mais moins désavantageuses, et enfin un bilan coûts-avantages du projet.

Dans ces deux derniers arrêts, il faut regretter une particularité dans la rédaction du contrôle opéré. Avant de recourir à ces trois étapes, successivement, le Conseil d'État précise que le projet « ne peut légalement être déclaré d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'il comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'il présente »[3582]. Par cette formulation, il pourrait sembler que les trois temps du contrôle de proportionnalité sont intrinsèques au contrôle du bilan. Or, il n'en est rien. Celui-ci est un des éléments de la proportionnalité du projet. La nouvelle formulation issue de la jurisprudence *Commune de Levallois-Perret*, déjà mentionnée, doit être privilégiée[3583]. Elle reflète parfaitement l'usage d'un contrôle de proportionnalité. Le contrôle du

3579. Le Conseil d'État constate qu'« il ne ressort pas des pièces du dossier que la mise en fonctionnement, en lieu et place de la ligne projetée, de trains pendulaires sur la ligne existante permettrait des résultats comparables sans procéder à des expropriations aussi importantes que celles qu'autorise le décret attaqué, compte tenu de l'incertitude qui pèse sur la possibilité d'atteindre ces résultats par l'usage de cette technologie sur le tronçon considéré ».

3580. « qu'il ressort des pièces du dossier que les atteintes à la propriété privée, le coût économique du projet et les atteintes portées à l'environnement ne sont pas, eu égard à l'importance de l'opération et compte tenu notamment des mesures prises afin de réduire les nuisances, de nature à excéder l'intérêt qu'elle présente et à lui retirer, par suite, son caractère d'utilité publique ».

3581. CE, 28 mars 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil, du Poitou et de Migne-Auxantes*, rec. t. 967.

3582. La formulation est extraite de l'arrêt *Fédération Alto et autre*s mais se retrouve également dans l'affaire *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil, du Poitou et de Migne-Auxantes.*

3583. Voir *supra* : Partie II, Titre II, Chapitre I, Section II, II, A, 2, c.

CE, 19 octobre 2012, *Commune de Levallois-Perret*, rec. t. 800 ; *RDI* 2012, pp. 617-619, obs. R. Hostiou ; *AJDA* 2012,

bilan y est opéré au titre du contrôle de la proportionnalité *stricto sensu*. Il faut donc en conclure à une utilisation complète du contrôle de proportionnalité dans ce domaine, structuré autour de ces trois étapes classiques.

Le juge de l'excès de pouvoir utilise aussi un tel contrôle de proportionnalité dans le domaine de la régulation économique, notamment dans l'arrêt *Société Groupe Canal Plus*, rendu le 21 décembre 2012, à propos d'une autorisation de concentration octroyée par l'Autorité de la concurrence à deux opérateurs[3584]. Le problème posé par cette décision au regard du principe de proportionnalité réside dans les trente-trois injonctions y étant assorties, et visant à limiter les effets anticoncurrentiels de l'opération. D'une part, le Groupe Canal Plus (GCP) et le Groupe Vivendi contestent leur caractère excessif. D'autre part, deux concurrents en critiquent, logiquement, le caractère insuffisant. Le rapporteur public énonce clairement qu'il faut, lorsque le juge vérifie la proportionnalité de certaines mesures, en étudier trois aspects : l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu*[3585]. D'ailleurs, on retrouve très explicitement ces trois termes dans l'arrêt même du Conseil d'État, lors de l'étude des différentes injonctions en cause[3586].

Pour terminer, notons que le Conseil d'État a soumis au contrôle de proportionnalité des mesures prises contre des individus au statut particulier. Sans utiliser expressément le terme, l'idée d'une recherche de proportionnalité se retrouve dans la capacité que se reconnaît le juge à vérifier si la mesure prise en l'espèce est correctement justifiée. Il en va ainsi des sanctions prises contre les agents publics par l'arrêt *Lebon* de 1978[3587] ; des autorisations de licenciement des représentants du personnel dès 1976[3588] ; et des sanctions prises contre les détenus et les militaires, dès l'arrêt *Hardouin*[3589].

---

p. 1982, obs. Y. Jégouzo.

3584. CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi Universal*, rec. 430 ; *RFDA* 2013, pp. 55-69, concl. Daumas.

CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi*, rec. 447 ; *RFDA* 2013, pp. 70-101, concl. Daumas (partiellement reproduites).

Sur ces deux affaires, voir : DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), « Concentrations : affaires Canal plus, décodage », *AJDA* 2013, pp. 215-227.

3585. *RFDA* 2013, p. 80.

3586. Les considérants 113, 118, 123, 129, 134 et 141.

3587. CE, Sect., 9 juin 1978, *Lebon*, rec. 245 : « les faits, dont la matérialité est établie par les pièces du dossier, étaient de nature à justifier une sanction disciplinaire ; qu'en prononçant, à raison de ces faits, la sanction de la mise à la retraite d'office du sieur X..., le recteur s'est livré à une appréciation qui n'est pas entachée d'erreur manifeste ». On reconnaît successivement le contrôle de la matérialité, de la qualification et de la proportionnalité, limitée à l'erreur manifeste.

Auparavant, dans sa jurisprudence *Soucasse*, le Conseil d'État avait accepté de contrôler si la gravité de la faute justifiait la sanction, mais non si cette dernière était adaptée à la faute : CE, 1er octobre 1976, *Soucasse*, rec. 386.

3588. CE, Ass., 5 mai 1976, *SAFER d'Auvergne c. Bernette*, rec. 232 ; GAJA 21e éd., n°81 : « dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un comportement fautif, il appartient à l'inspecteur du travail […] et, le cas échéant au ministre compétent de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement […] ».

3589. CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin et Marie*, rec. 82 et 85 ; GAJA 21e éd., n°90. Dans le cas *Hardouin*, le Conseil d'État relève que le comportement du militaire est constitutif d'une faute et est donc « de nature à justifier une

β. La question de la reconnaissance d'un contrôle général de proportionnalité en common law

Malgré les exemples anciens prouvant que l'idée de proportionnalité n'était pas absente du contrôle des juges avant l'entrée en vigueur du *Human Rights Act*, ces derniers se sont toujours refusés à en faire un cas à part entière de *common law*. Il est d'ailleurs symptomatique que, s'interrogeant à ce propos, dans la décision *Quila* de 2010, Sedley LJ, concluant que la proportionnalité « a dorénavant sa propre vie au sein du droit public », fasse partir son raisonnement de la décision *Daly*[3590]. C'est véritablement cette décision qui marque le point de départ de la reconnaissance explicite de la proportionnalité en *common law*[3591]. En effet, dans cette affaire, si le jugement de Lord Steyn porte sur le *Human Rights Act*, et la Convention européenne, c'est à titre de précision. Les faits ayant donné lieu à l'affaire se sont déroulés antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 1998. Elle ne peut s'y appliquer. Ainsi, les Lords vont confirmer l'existence d'un droit à la protection des correspondances entre un détenu et son avocat, similaire à l'article 8 de la Convention européenne[3592]. De là, ils vont s'assurer de la proportionnalité de l'ingérence commise par la position adoptée par le ministre de l'Intérieur, en rupture avec la jurisprudence *Brind*. Les juges relèvent qu'elle est trop générale et absolue, car elle ne distingue pas suivant le caractère des prisonniers. En cela, elle n'est pas nécessaire. Les Lords concluent à la violation d'un droit de *common law*. Le développement du contrôle de proportionnalité apparaît consubstantiel à la reconnaissance des droits de *common law*. L'un ne va pas sans l'autre.

Sans effet direct sur l'affaire, la Convention européenne a influencé les juges dans cette reconnaissance : elle est apparue nécessaire pour se conformer à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ; elle est également légitime en ce qu'il aurait été étrange que les juges appliquent un tel contrôle pour protéger les droits dans certains cas, et pas dans d'autres. Grâce à cela, les juges

---

punition disciplinaire », ce qui constitue une qualification juridique des faits ; puis il précise « qu'en infligeant une punition de 10 jours d'arrêt, l'autorité militaire n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ». Il s'agit bien ici de rechercher la proportionnalité de la sanction à la gravité de la faute. Plus précisément, le juge n'aurait censuré qu'une disproportion manifeste. Dans l'arrêt *Marie*, le comportement n'est pas fautif, la décision échoue lors de la qualification juridique des faits ; il n'y a pas de contrôle de proportionnalité.

3590. *R. (on the application of Quila) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] EWCA Civ 1482, [34], citation [36].

3591. Pour des plaidoyers en ce sens : *R. (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26, pp. 548-549 (Lord Cooke) ; *R. (on the application of Alconbury Developments Ltd and Others) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, pp. 320-321 (Lord Slynn) ; *R. (on the application of Association of British Civilian Internees) v. Secretary of State for Defence* [2003] EWCA Civ. 473, [32] (Dyson LJ.).

Ce dernier a d'ailleurs également soutenu cette proposition en dehors de ses jugements : Lord Dyson, « Is Judicial Review a Threat to Democracy ? », discours prononcé lors de la Sultan Azlan Shah Lecture, Novembre 2015,18 pages, voir pp. 8-9.

3592. Dans la lignée de l'affaire *Simms* (*R. v. Secretary of State for the Home Department , ex p. Simms* [2000] 2 AC 115).

poursuivent l'alignement de la *common law* sur la Convention européenne[3593]. La question de la généralisation du contrôle de proportionnalité ressort de l'introduction du *Human Rights Act* car, en l'adoptant explicitement, les juges ont été conduits à s'interroger sur son utilisation dans divers domaines.

Plusieurs affaires récentes ont permis aux juges d'affirmer la liaison entre le contrôle de proportionnalité et la garantie des droits fondamentaux. Une dichotomie se crée alors au sein de la *judicial review*, entre les litiges impliquant des droits et ceux n'en impliquant pas. Dans son jugement dans l'affaire *Pham*, Lord Reed considère utile de distinguer entre le contrôle de proportionnalité opérée sur l'action administrative et celui opéré dans le cadre de la protection des droits fondamentaux ; le premier permet de juger des moyens au regard des buts poursuivis, là où le second sert à évaluer les limitations affectant les droits[3594]. Pour Lord Reed, le premier type de contrôle peut se faire par le biais du « contrôle plus poussé » et ne nécessite pas en cela une autonomisation particulière, car les deux contrôles obligent à une mise en balance et permettent souvent d'arriver à la même décision ; dans le second cas, il faut toutefois considérer que le Parlement, lorsqu'il autorise l'administration à limiter un droit fondamental, c'est-à-dire de *common law*, est présumé vouloir implicitement que ce pouvoir soit utilisé de façon proportionnée. On retrouve dans ces deux catégories les deux éléments propres à la protection des droits de *common law*, l'un masquant un contrôle de proportionnalité, par la mise en balance, et l'autre l'assumant *via* l'intention présumée du Parlement. Dans ce second cas, c'est bien l'expression d'un contrôle de « proportionnalité de common law » qui est utilisée[3595]. Telle est la position adoptée en Angleterre aujourd'hui[3596].

Une étape supplémentaire pourrait encore être franchie par l'abandon de l'assimilation du « contrôle plus poussé » et du contrôle de proportionnalité, afin de faire de ce dernier un cas d'ouverture à part entière : cette hypothèse a été considérée récemment comme tellement importante, et opérant un tel changement, que Lord Neuberger a préféré qu'elle soit tranchée par une formation de la Cour Suprême comportant au moins neuf juges[3597]. Au regard de la tendance

3593. BJORGE (E.), « Common law rights : balancing domestic and international exigencies », *op. cit.*, pp. 223-229.
3594. *Pham v. Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19, [112] – [121].
Voir également : [60] (Lord Carnwath), [95] – [100] (Lord Mance) et [105] – [110] (Lord Sumption).
3595. *Pham v. Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19, [107] (Lord Sumption).
3596. *Kennedy v. Charity Commission* [2014] UKSC 20, [54] (Lord Mance) ; *R. (on the application of Keyu) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2015] UKSC 69, notamment [280] – [282] (Lord Kerr) et [304] (Baroness Hale) ; *R. (on the application of Youssef) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2016] UKSC 3, [55] – [61] (Lord Carnwath reprend avec approbation cette distinction).
3597. *R. (on the application of Keyu) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2015] UKSC 69, [132] (Lord Hugues soutient le jugement). Voir dans le même sens le jugement de Lord Mance, en accord avec Lord Neuberger sur ce point : [271].
Sur cette affaire : RYLATT (J.W.) et TOMLINSON (J.), « Something New in Substantive Review : Keyu v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs », *JR* 2016, pp. 204-208 ; BAMFORTH (N.) et HOYANO (L.), « ECHR and common law accountability of states for past atrocities », *LQR* 2016, pp. 357-363.

globale de la jurisprudence à développer la *common law*, une telle reconnaissance devrait avoir lieu. Elle signifierait alors la généralisation du contrôle de proportionnalité à l'ensemble du droit administratif, et ne la réserverait plus uniquement à la protection des droits. Souhaitable, cette évolution ne nous semble pas constituer un changement fondamental dans le droit anglais. Elle serait l'officialisation de l'utilisation d'une technique latente dans le contrôle du caractère déraisonnable de la décision, et s'appliquant dans des domaines divers comme le contrôle des sanctions et des mesures d'urbanismes[3598]. Le jugement de Brown LJ dans *Phoenix Aviation* nous semble constituer un exemple clair en ce sens. En interdisant toute exportation de bétail, le Conseil s'est soumis à la pression des manifestants. Pour le juge, dans de telles situations, il est nécessaire pour les cours de contrôler « avec une rigueur particulière » la décision, « comme lorsque les droits fondamentaux de l'homme sont en cause, les cours doivent adopter un rôle plus interventionniste »[3599] ; ce qui est en jeu ici c'est la *rule of law* ; il ne s'agit pas ici de protéger des droits, mais de s'assurer de la bonne utilisation d'un pouvoir discrétionnaire par l'autorité publique. Le contrôle de proportionnalité, reconnu explicitement, peut se révéler ici d'une grande utilité.

La possible généralisation de la proportionnalité pose la question de son adaptation au droit public anglais. En creux, il s'agit de déterminer s'il existe une différence entre le contrôle de proportionnalité, dans son acception européenne, et les méthodes traditionnelles de *common law*. Pour certains juges il y en aurait une : le premier concernerait avant tout la substance de la décision, alors que les secondes porteraient davantage sur la façon de procéder de l'autorité publique[3600]. Ce point est notamment mis en évidence dans deux affaires : *Begum* et *Miss Behavin'*[3601].

Dans le cas *Begum*, était en cause la décision d'une école d'interdire à une élève de venir vêtue d'un jilbab[3602]. Lord Hoffmann relève que si la *judicial review*, en droit purement interne, porte

---

Certains Lords ont pu exprimer des craintes quant à l'autonomisation de la proportionnalité. Notamment, Lord Hoffmann, dans un écrit de doctrine de quelques mois antérieurs à l'entrée en vigueur du *Human Rights Act*, a soutenu que le contrôle de proportionnalité n'est qu'un cas poussé de contrôle du caractère déraisonnable. Dire autre chose reviendrait, selon le Lord, a remettre en cause la légitimité des juges : Lord Hoffmann, « The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law », pp. 107-115 in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, sous la dir. de E. Ellis, *op. cit*.
Pour une critique de cette approche, voir dans le même ouvrage : FELDMAN (D.), « Proportionality and the Human Rights Act 1998 », pp. 117-144, notamment pp. 127-129.
3598. Voir *supra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, II, B, 2, b.
Voir au soutien de cette reconnaissance : CRAIG (P.), « Unreasonableness and Proportionality in UK Law », pp. 85-106 in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, *ibid* ; FELDMAN (D.), *ibid*., 142
3599. *R. v. Coventry City Council, ex p. Phoenix Aviation* [1995] CLC 757, p. 779.
3600. Sur cette question, voir : CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 652-653.
3601. En doctrine, ce point de vue a été défendu par Jeffrey Jowell : JOWELL (J.), « Beyond the rule of law : towards constitutional judicial review », *op. cit.*, pp. 678-682.
Voir également : CLAYTON (R.) et GHALY (K.), « Shifting Standards of Review », *JR* 2007, pp. 210-218 ; KNIGHT (C.), « Proportionality, the Decision-Maker and the House of Lords », *JR* 2007, pp. 221-227 ; MEAD (D.), « Outcomes aren't all : defending process-based review of public authority under the Human Rights Act », *PL* 2012, pp. 61-84.
3602. *R. (on the application of Begum) v. Denbigh High School Governors* [2007] 1 AC 100.

essentiellement sur la procédure de décision, et non sur le choix de la bonne décision, telle n'est pas le cas lorsqu'est en cause la Convention européenne[3603]. Plus précisément, la décision de l'école portait atteinte à la liberté de religion, défendue par l'article 9, et donc concernait un droit substantiel. Dans ce cas, le rôle du juge est de vérifier si l'atteinte est proportionnée. Dans la logique de Lord Hoffmann, cela revient à définir si le dispositif retenu pouvait passer ce test. Or, ce même travail ne peut être demandé à l'autorité publique. Pour le Lord, « il n'est pas possible d'attendre des directeurs d'école qu'ils prennent leurs décisions en ayant leurs manuels des droits de l'homme sous le coude »[3604]. La position exprimée par Lord Hoffmann reflète les traits caractéristiques de la *judicial review* : un contrôle de supervision portant avant tout sur la façon dont les décisions sont prises. En accord avec cette vision classique, la différenciation est opérée avec le contrôle de proportionnalité découlant de la jurisprudence de la Cour européenne, portant au premier plan sur la garantie substantielle des droits, et mettant en son cœur l'appréciation première des juges. Un même raisonnement est suivi par Lord Bingham : la décision rendue par la Cour d'Appel, reposant sur l'absence de prise en compte des droits dans le processus de décision de l'école, introduit un « nouveau formalisme », très éloignée des préoccupations plus substantielles de la Cour européenne[3605].

Ce point est encore plus clairement mis en évidence par Lady Hale dans l'affaire *Miss Behavin'*[3606]. Pour la juge, lorsqu'une question portant sur les droits de l'homme se pose dans un litige, il revient aux cours d'apporter la solution. En cela, leur appréciation remplace celle de l'autorité publique. Dès lors, « le rôle de la cour dans un jugement portant sur les droits de l'homme est différent du rôle de la cour dans une judicial review ordinaire portant sur l'action administrative »[3607]. Elle a d'ailleurs utilisé récemment ce raisonnement pour conclure au caractère déraisonnable de la décision d'un ministre de refuser la tenue d'une enquête publique sur la mort de citoyens malaisiens, tués en 1948 par des soldats britanniques. Selon Lady Hale, le ministre n'a pas suffisamment bien pris en compte, et mis en balance les différents éléments présents devant lui[3608]. Dans ce second cas, les juges ne font que contrôler la façon de décider de l'administration ; cela

3603. [68].
3604. *idem*.
3605. *R. (on the application of Begum) v. Denbigh High School Governors* [2007] 1 AC 100, [27] – [34].
L'expression « nouveau formalisme » est empruntée à Thomas Poole, dans son étude sur la décision *Begum* rendue par la Cour d'Appel : POOLE (T.), « Of Headscarves and heresies : The Denbigh High School Scale and public authority decision making under the Human Rights Act » *PL* 2005, pp. 685-695, p. 691.
3606. *Belfast City Council v. Miss Behavin' Ltd* [2007] 1 WLR 1420. Bien que portant sur une affaire irlandaise, les propos des juges sont généraux et se révèlent particulièrement intéressants.
3607. *ibid*., [31].
3608. *R. (on the application of Keyu) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2015] UKSC 69, [312].
Voir: BAMFORTH (N.) et HOYANO (L.), « ECHR and common law accountability of states for past atrocities », *op. cit.*, p. 362.

revient, en somme, à vérifier qu'ils ont bien pris en compte les droits concernés lorsqu'ils ont adopté la mesure en cause. Cette appréciation est en lien avec l'utilisation du « contrôle plus poussé » et du « principe de légalité » : leur objet est avant tout de rechercher une justification à la décision. Toutefois, cette distinction entre les deux situations n'apparaît pas nécessairement pertinente.

Comme le relève Paul Craig, dans tous les cas, la meilleure prise en compte des droits influe nécessairement sur le jugement[3609]. Plus une autorité publique a conscience de l'importance des effets de sa mesure, et les prend en compte, plus celle-ci aura de chance d'opérer une conciliation juste entre les différentes exigences en cause. Ainsi, dans l'affaire *Begum*, Lord Bingham relève que l'école s'est intéressée à la pratique vestimentaire des personnes de confession musulmane, pour conclure que le jilbab n'était pas requis de façon majoritaire par les musulmans[3610]. De plus, la décision apparaîtra d'autant mieux motivée, et la limitation des droits justifiée au regard des nécessités auxquelles cherche à répondre l'administration. En cela, il est artificiel de séparer le dispositif et la motivation d'une décision. C'est d'autant plus vrai que la *judicial review* porte également sur la substance de la décision, et qu'un tel contrôle n'est pas sans être affecté par l'appréciation de la manière de faire de l'autorité décisionnaire. Il faut en conclure que le contrôle de proportionnalité étant une méthode d'évaluation d'une décision au regard de ses motifs, elle porte avant tout sur sa justification. Ce constat s'applique également au Conseil d'État. Plus la décision sera motivée, et justifiée, plus elle apparaîtra proportionnée.

Cependant, la distinction opérée par les juges anglais, si elle ne dénote pas une différence profonde de nature quant au procédé, illustre qu'il existe une certaine distanciation entre le contrôle purement interne et celui venu d'ailleurs, en particulier de la Cour européenne. Selon nous, ces jugements sont le reflet d'une volonté de garder étanches la *common law* et la Convention européenne. Ce sont deux systèmes différents, avec leur propre vision du droit et des droits. L'affirmation des juges permet de maintenir l'originalité de la *judicial review*, dont l'appréciation porte originellement sur la procédure, et non sur les *merits*[3611]. En cela, c'est le rôle de

3609. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 652-653 ; « Judicial review and anxious scrutiny : foundations, evolution and application », *op. cit.*, pp. 73-75.
3610. *R. (on the application of Begum) v. Denbigh High School Governors* [2007] 1 AC 100, [33].
Voir : KAVANAGH (A.), « Reasoning about proportionality under the Human Rights Act : outcomes, substance and process », *LQR* 2014, pp. 235-258. L'auteur défend la vision retenue par la Chambre des Lords dans les deux affaires en mettant en évidence que les juges n'écartent pas toutes considérations quant à la méthode de raisonnement de l'autorité administrative. Toutefois, si cet élément peut être pris en compte, il n'est pas à lui seul déterminant ; il constitue un facteur d'appréciation de la décision.
Voir également dans le même sens : GEIRINGER (C.), « Process and Outcomes in Judicial review of Public Authority Compatibility with Human Rights : A comparative Perspective », pp. 329-360 in *The Scope and Intensity of Substantive Review. Traversing Taggart's Rainbow*, sous la dir. de H. Wilberg et M. Elliott, *op. cit*.
3611. ELLIOTT (M.), « The Human Rights Act 1998 and the standard of substantitve review », *CLJ* 2001, pp. 301-336, notamment pp. 302-309.

« supervision » des juges qui est maintenu, puisqu'il ne leur appartient pas de se substituer à l'administration.

b. Un outil de contrôle poussé

La généralisation du contrôle de proportionnalité n'est pas uniquement un mouvement d'extension d'un contrôle en surface, mais aussi celui-ci de son amélioration en profondeur. Ainsi, de plus en plus, le Conseil d'État abandonne la recherche de la seule « disproportion manifeste » au profit d'une conception plus intense, notamment sous l'effet de la Cour européenne (*α.*). Le droit anglais distingue mal le contrôle de son intensité. Cela accroît d'autant plus les difficultés de sa reconnaissance. Considéré comme intrinsèquement intense, le contrôle de proportionnalité mène le juge aux confins de ce que lui autorise son rôle (*β.*).

α. L'influence de la Cour européenne sur l'augmentation de l'intensité du contrôle de proportionnalité en France

L'influence de la Convention européenne est perceptible quant au contrôle sur le fond. Pour faire du recours pour excès de pouvoir un recours de « pleine juridiction », au sens de la Cour européenne, le juge a dû en augmenter le champ et l'intensité[3612]. Le premier élément a déjà été étudié, il n'est pas utile ici d'y revenir[3613]. Le mouvement qui affecte la jurisprudence, vers un contrôle de plus en plus poussé, est en grande partie dû à la Convention européenne. Le cas du contrôle de proportionnalité est topique. Prenons ici l'exemple des sanctions administratives[3614].

Dans son arrêt *Le Cun*, du 1er mars 1991, le juge administratif accepte de contrôler la proportionnalité d'une sanction pécuniaire adressée par le Conseil des bourses de valeurs à un employé d'une société opérant sur les marchés boursiers[3615]. En lui-même, l'arrêt ne reflète pas un tel contrôle de proportionnalité. Le Conseil d'État opère néanmoins une étude détaillée des faits pour en conclure que ceux-ci « étaient de nature à justifier légalement la sanction pécuniaire d'un million

3612. TINIERE (R.), « La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif », *RFDA* 2009, pp. 729-740.
3613. Voir *supra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II, I.
3614. ETOA (S.), « L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives », *AJDA* 2012, pp. 358-365.
3615. CE, Ass., 4 mars 1991, *Le Cun*, rec. 70 ; *RFDA* 1991, pp. 612-632, concl. Saint-Pulgent.
Sur l'influence tant du législateur que des jurisprudences européenne et constitutionnelle dans ce domaine : BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, *op. cit.*, pp. 184-189.

de francs » infligée au requérant. Le juge veille bien au respect de la proportion entre faute et sanction. Plus intéressant, ce contrôle de proportionnalité est relativement poussé, comme l'atteste l'absence de l'expression « erreur manifeste d'appréciation ». En effet, à l'époque de l'arrêt *Le Cun*, le Conseil d'État contrôlait seulement si la sanction retenue ne révélait pas, de la part de l'autorité décisionnaire, d'une appréciation entachée d'erreur manifeste. Cela signifiait en fait que le juge ne censurait que les disproportions manifestes entre la sanction et la faute commise. Telle était la position retenue dans l'arrêt *Lebon*, en 1978, à propos d'une sanction contre un agent public[3616]. Par l'erreur manifeste, le juge sanctionne le « caractère évidemment déraisonnable, complètement déréglé, c'est-à-dire arbitraire de la mesure prise ».[3617] À l'inverse, en augmentant l'intensité de son contrôle, le juge de l'excès de pouvoir va diminuer son seuil de tolérance quant à l'erreur commise par l'administration.

L'évolution entre ces deux arrêts apparaît clairement dans les conclusions rendues par le commissaire du Gouvernement Saint-Pulgent. Pour justifier l'utilisation d'un contrôle strict de proportionnalité en l'espèce, elle opère la distinction entre les sanctions prises contre des agents publics et les sanctions affectant une profession. Si les premières ne relèvent pas, à cette époque, de l'application de l'article 6 de la Convention européenne, il en va autrement des secondes qui affectent un droit civil au sens de cette disposition. Cela ressort nettement de la jurisprudence de la Cour européenne[3618]. Pour le commissaire du Gouvernement, « ceci constitue à nos yeux un argument fort pour que le juge saisi d'un recours contre de telles sanctions exerce sur elles un contrôle entier, y compris sur leur proportionnalité à l'infraction commise »[3619]. Par voie de conséquence, quand la Cour européenne entreprendra de faire entrer les sanctions contre tous les agents publics dans le champ de l'article 6, le Conseil d'État augmentera son contrôle en conséquence, en veillant à la stricte proportionnalité de la sanction.

Telle est la portée de l'arrêt *Dahan*, rendu le 13 novembre 2013[3620]. Le Conseil d'État accepte de contrôler la stricte proportionnalité d'une sanction prise contre un ambassadeur. Dans ses conclusions, le rapporteur public Rémi Keller prend notamment acte de l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne[3621]. En effet, par un arrêt *Vilho Eskelinen*, elle a soumis au

3616. CE, Sect., 9 juin 1978, *Lebon*, rec. 245.
3617. VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.), *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, *op. cit.*, p. 213.
3618. CEDH, 10 février 1983, *Albert et Lecompte c. Belgique*, n° 7299/75 et 7496/76.
En général, sur cette question : PRALUS-DUPUY (J.), « L'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux contentieux disciplinaires : état des lieux », *RFDA* 2008, pp. 317-327.
3619. *RFDA* 1991, p. 627.
3620. CE, Ass., 13 novembre 2013, *Dahan*, rec. 279 ; *RFDA* 2013, pp. 1175-1182, concl. Keller.
3621. *RFDA* 2013, p. 1178.
Voir : TESSON (F.), « L'office du juge administratif renforcé sous l'influence du droit européen », *JCP A*, 7 Septembre

respect des exigences de l'article 6-1 les sanctions prises à l'encontre des fonctionnaires régaliens[3622]. Cela nécessite que le contrôle soit opéré par un « organe de pleine juridiction ». Cette exigence est satisfaite lorsque le juge contrôle la stricte proportionnalité de la mesure en cause. Mais, cette évolution provoquée par l'arrêt *Dahan*, à propos des fonctionnaires régaliens, est l'aboutissement d'un processus, entamé dans la seconde moitié des années 2000, par le Conseil d'État[3623]. En 2007, dans l'arrêt *Arfi*, le Conseil d'État avait déjà augmenté l'intensité de son contrôle sur les sanctions professionnelles[3624]. Dans ses conclusions, Mattias Guyomar justifie notamment cette évolution par la nécessité de respecter l'article 6-1 de la Convention européenne. La condition selon laquelle le litige doit être tranché par « un organe de pleine juridiction » peut être remplie « dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, par l'existence d'un entier contrôle sur le pouvoir de sanction – motifs comme dispositif ce qui comprend l'appréciation des éléments de fait y compris en ce qui concerne l'adéquation entre la faute et la sanction »[3625].

En 2015, le Conseil d'État a uniformisé sa jurisprudence en la matière, pour tous les contentieux disciplinaires. Par un arrêt *Boromée*, il a admis le contrôle de la stricte proportionnalité des sanctions contre les détenus[3626]. Remettant en cause la position qu'il tenait encore en 2011 dans l'arrêt *Letona Biteri*[3627], il décide « qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de rechercher si les faits reprochés à un détenu ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes ». Toutefois, à la lecture des conclusions d'Aurélie Bretonneau, l'influence de la Convention européenne semble absente. Le rapporteur public justifie cela notamment par le fait que les sanctions disciplinaires prises contre les détenues ne peuvent être considérées comme de nature pénale puisqu'elles n'ont pas vocation à augmenter la durée de l'incarcération et qu'elles sont prises par une autorité administrative, non par une juridiction disciplinaire. L'article 6-1 ne leur est donc pas applicable. Deux remarques nous semblent nécessaires. Premièrement, si l'influence de la Convention européenne n'est pas expressément retenue par le rapporteur public, elle apparaît indirectement. Afin de justifier le passage à un contrôle strict de proportionnalité, Aurélie

2015, n°36, pp. 25-30.

3622. CEDH, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen, et autres c. Finlande*, n°63235/00.
Pour les « autres » fonctionnaires, la soumission des sanctions les affectant aux exigences de l'article 6-1 avait été décidée quelques années auparavant : CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin*, rec. 1999.252.

3623. *RFDA* 2013, p. 1178.

3624. CE, Sect., 22 juin 2007, *Arfi*, rec. 263, concl. Guyomar ; *RFDA* 2007, pp. 1199-1210, concl. Guyomar.

3625. *RFDA* 2007, p. 1205.

3626. CE, 1er juin 2015, *Boromée*, rec.185, concl. Bretonneau ; *AJDA* 2015, pp. 1596-1599, concl. Bretonneau.

3627. CE, 20 mai 2011, *Letona Biteri*, rec. 246 : le juge se contentait ici d'affirmer qu'« il appartient à la commission de discipline de l'établissement de prononcer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, une sanction adéquate dont la nature et le quantum ne doivent pas être manifestement disproportionnés à la nature et à la gravité de la faute disciplinaire commise ».

Bretonneau fait appel à des jurisprudences qui intègrent les exigences de l'article 6-1. Tel est le cas des arrêts *Dahan* et *Arfi*. La deuxième remarque est en fait plutôt une critique. Le rapporteur public nous semble faire fausse route dans son raisonnement.

D'une part, il est clair dans la jurisprudence de la Cour européenne que la nature de l'autorité qui rend la décision ne joue pas sur la soumission de la décision à l'article 6-1. Les exigences qui en découlent varieront[3628], ce d'autant plus qu'il n'est pas nécessaire que ce soit l'autorité décisionnaire qui remplisse ces exigences directement. Pour la Cour, il suffit que la décision puisse être contrôlée par un organe qui respecte les exigences de l'article 6-1[3629].

D'autre part, les sanctions pouvant être prononcées contre les détenus peuvent avoir des répercussions importantes sur leurs conditions de détentions, qu'elles aient rapport avec leurs libertés ou leurs ressources financières[3630]. De telles mesures portent atteinte à la situation matérielle du détenu. Récemment encore, dans l'affaire *Enea c. Italie*, la Cour européenne rappelle qu'un détenu soumis à une mesure affectant ses droits de caractère civil lui permet d'invoquer l'article 6-1[3631]. Sont pris en compte, les effets sur la correspondance, le droit pour le détenu de voir sa famille, l'interdiction de recevoir ou d'utiliser des sommes d'argent[3632]. Les effets d'une mesure sur le détenu, dès lors qu'elles affectent ses droits civils, donnent lieu à l'application de cet article. Le domaine des sanctions prises à l'encontre des détenus est donc soumis aux exigences de l'article 6-1, au titre des mesures de nature civile. Dans le cas *Boromée* cela n'aurait pas changé la solution au fond, puisque c'est bien à un contrôle de proportionnalité que se livre le Conseil d'État. Néanmoins, le dialogue avec la Cour de Strasbourg doit être entretenu autant que nécessaire pour éviter un décalage. En écartant l'application de l'article 6-1, la jurisprudence de la Cour n'est pas prise en compte, conduisant à risque pour le juge administratif d'avoir les yeux fermés alors que celle-ci évolue.

L'intensification du contrôle de proportionnalité est une étape importante dans la protection des individus. Elle permet de resserrer le filtre apposé à l'action administrative, afin d'en sanctionner des erreurs moins manifestes. Il ne suffit pas, en effet, d'utiliser telle ou telle méthode pour bien contrôler l'administration, encore faut-il le faire de façon efficace. L'intensification du contrôle de

3628. CEDH, 25 octobre 1995, *Bryan c. Royaume-Uni*, n°19178/91.
3629. CEDH, 7 juin 2012, *Segame c. France*, n°4837/06.
3630. La sanction maximum prévue par le code de procédure pénale est la mise en cellule disciplinaire pour une durée de 30 jours (Article R. 57-7-47 du code de procédure pénale).
D'autres mesures peuvent être prises : restriction du droit de cantiner, d'accéder aux activités, du droit de passer des appels téléphoniques... (Articles R. 57-7-33 et R. 57-7-34), ou encore suspendre le détenu de son emploi pour une durée limitée, voire le déclasser ; lui interdire de recevoir des subsides venant de l'extérieur ; ou suspendre l'utilisation d'un appareil (Articles R. 57-7-33 et R. 57-7-34).
3631. CEDH, 17 septembre 2009, *Enea c. Italie*, req. n°74912/01.
La juridiction strasbourgeoise considère, de longue date, qu'une décision visant à suspendre quelqu'un de son travail entre dans le cadre de cet article, au motif que cela affecte ses conditions matérielles de vie (CEDH, 10 février 1983, *Albert et Lecompte c. Belgique*, n° 7299/75 et 7496/76).
3632. Point 106.

proportionnalité remplit cet objectif.

β. L'intensification du contrôle en Angleterre : vers la fin de la jurisprudence Wednesbury *?*

Cette question anime la doctrine ces dernières années. Le développement important du contrôle de proportionnalité met sous tension les techniques traditionnelles de *judicial review.* Plusieurs arguments sont avancés en faveur de « l'unification » du contrôle substantiel des décisions sous un cas unique correspondant au contrôle de proportionnalité[3633]. Deux arguments vont en ce sens : il constituerait un contrôle plus clair, car mieux structuré et donc plus efficace ; il est, par nature, plus intense.

La structure du contrôle ne semble pas fondamentalement différente suivant qu'il est utilisé sous l'effet du *Human Rights Act* ou de la *common law.* Dans le premier cas, les cours n'hésitent pas à se référer aux décisions de la Cour européenne et à en reprendre les étapes classiques[3634] ; il en va d'ailleurs de même concernant la jurisprudence de la Cour de Justice[3635]. Tout comme pour la jurisprudence du Conseil d'État, il y a une véritable influence sur la formulation même du contrôle[3636]. Lorsque l'affaire concerne uniquement le droit interne anglais, il a paru longtemps difficile de faire ressortir un procédé commun et intangible dans la jurisprudence anglaise. Utilisé à travers le « contrôle plus poussé », il emprunte à la terminologie du contrôle du caractère

3633. Aux tenants de l' « unification » s'opposent ceux faisant la promotion de la « bifurcation », prônant un maintien de la distinction. Voir sur ce sujet : *The Scope and Intensity of Substantive Review. Traversing Taggarts's Rainbow*, Hart Publishing, Oxford, 2015 ; DAVIES (A.C.L.) et WILLIAMS (J.R.), « Proportionality in English Administrative Law », *op. cit.* in *The Judge and the Proportionate Use of Discretion. A comparative study*, sous la dir. de S. Ranchordas et B. de Waard, *op. cit.* ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 633-668 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 304-314.
Pour une position médiane : ELLIOTT (M.), « The Human Rights Act 1998 and the standard of substantive review », *CLJ* 2001, pp. 301-336 ; WILLIAMS (R.), « Structuring substantive review », *PL* 2017, pp. 99-123.
3634. *R. (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26, [23] (Lord Bingham) ; *R. (on the application of Begum) v. Denbigh High School Governors* [2007] 1 AC 100, [26] (Lord Bingham) ; *R. (on the application of Quila) v. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 45, [45](Lord Wilson).
3635. Voir sur ce point l'étude complète menée par Lord Reed et Lord Toulson dans leur décision commune dans l'affaire *R. (on the application of Lumsdon) v. Legal Services Board* ([2015] UKSC 41. Les autres juges composant la formation de jugement ont acquiescé) : après s'être intéressés à la façon dont la Cour de Justice utilise le contrôle de proportionnalité ([20] - [82]), notamment sur le nombre d'étapes le composant ([33]), les Lords concluant que si la proportionnalité *stricto sensu* n'apparaît pas dans la formulation, elle est tout de même vérifiée par le juge du Luxembourg, et appliquent donc ce contrôle en l'espèce. Les requérants attaquaient par voie de *judicial review* la décision d'une Commission approuvant la réglementation visant à obliger à ce que, pour certaines affaires pénales d'une gravité particulières, les avocats pouvant se présenter devant le juge soient considérés comme « compétents » par ce dernier. Considérant l'objet légitime, et l'absence de mesures alternatives possibles pour le remplir (conditions posées par la directive 2006/123/CE), la Cour Suprême en conclut à la proportionnalité de la mesure.
3636. Sur la question des différentes formulations existantes, voir : WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., pp. 588-590 ; DAVIES (A.C.L.) et WILLIAMS (J.R.), *ibid*., pp. 77-79.

raisonnable et se résume souvent en un contrôle de la nécessité voire de la balance des éléments, c'est-à-dire de la proportionnalité *stricto sensu*. Là, la formulation du test souffre des carences inhérentes à la jurisprudence *Wednesbury*. La question est plus pertinente dans les situations concernant les droits fondamentaux. Le caractère discursif des jugements, faiblement structuré par rapport aux arrêts de la Cour de Strasbourg, ne rend pas toujours clair le schéma suivi par chaque juge. En tout cas, la terminologie employée n'est pas exactement la même que celle de la Cour européenne.

Toutefois, il est possible de relever que la division tripartite « à l'allemande » s'y retrouve peu ou prou[3637]. Ce constat s'opère surtout après l'introduction du *Human Rights Act*. Son influence est ici perceptible. En reconnaissant plus facilement l'usage d'un contrôle de proportionnalité, les juges en font un usage plus structuré et clair. Dans l'affaire *Daly*, Lord Bingham entreprend un contrôle en plusieurs étapes de la décision[3638], incluant la légitimité du but poursuivi et la nécessité de la mesure[3639]. Absente de la formulation, la proportionnalité *stricto sensu* a été considérée comme allant trop loin dans le contrôle de la mesure administrative. Elle conduisait les juges à remplacer l'autorité décisionnaire dans l'appréciation des *merits* de la décision[3640]. Les exemples donnés plus haut tendent à montrer que les juges pouvaient parfois s'en servir dans le cadre du contrôle du caractère déraisonnable. Elle sera toutefois clairement affirmée par la Chambre des Lords en 2007, sous l'impulsion, là aussi, de Lord Bingham, comme complétant les deux premiers éléments[3641]. Plus récemment, Lord Sumption a rationalisé cette approche et mis en évidence quatre étapes dans le contrôle de proportionnalité : il revient aux juges de déterminer si le but est suffisamment important pour justifier la limitation du droit fondamental ; si elle est liée suffisamment au but, c'est-à-dire ici capable de le remplir ; si un autre moyen moins invasif pour les libertés existe ; et enfin, elle permet

3637. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 650 ; WILLIAMS (R.), « Structuring substantive review », *op. cit.*, notamment p. 119.

3638. *R. (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26.
Elles sont reprises par Sedley LJ dans *R. (on the application of Quila) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] EWCA Civ 1482, [34] – [36].

3639. Tout d'abord, la limitation du droit à la correspondance du détenu avec son avocat est-elle justifiée ? Pour le Lord, cela ne fait pas de doute. L'ordre public et la sécurité des prisons en dépendent. La correspondance doit être contrôlée pour éviter l'introduction d'informations ou objets illicites. La décision est en ce sens justifiée. Mais, cela va plus loin, puisque derrière c'est la capacité même de la décision à poursuivre ce but qui est en cause. Ensuite, le Lord regarde si la décision est « nécessaire et propre à répondre au besoin reconnu de maintenir la sécurité ». Ici, ce sont les étapes de la nécessité et de l'adéquation qui sont reflétées. En l'espèce, pour Lord Bingham, la pratique étant générale et absolue, elle échoue à distinguer les prisonniers dangereux des autres. Elle n'est donc pas nécessaire.
Voir le jugement de la Cour d'Appel dans l'affaire *R. (on the application of Moos) v. Commissioner of Police of the Metropolis* ([2012] EWCA Civ 12) : les juges vérifient si la décision d'encercler et d'arrêter une manifestation est proportionnée à l'atteinte à la liberté de mouvement. En l'espèce, eu égard aux risques pour l'ordre public, ils considèrent que cette mesure, bien qu'exceptionnelle, est proportionnée, au motif qu'aucune autre n'était possible.

3640. Lord Dyson, « Is Judicial Review a Threat to Democracy ? », discours prononcé lors de la Sultan Azlan Shah Lecture, Novembre 2015,18 pages, pp. 9-10.
Voir également : RIVERS (J.), « Proportionality and Variable Intensity of Review », *CLJ* 2006, pp. 174-207, notamment pp. 177-182.

3641. *Huang v. Secretary of State for the Home Department* [2007] UKHL 11, [19] (Lord Bingham).

une balance juste entre les conséquences pour les droits et les intérêts de la communauté[3642]. Cette articulation est aujourd'hui largement retenue par les juges, notamment lorsqu'il s'agit de contrôler la proportionnalité d'une décision au regard de la Convention européenne[3643]. La forme discursive des jugements a ici un avantage : les juges n'hésitent pas à confronter la mesure à chaque étape du contrôle de proportionnalité. Les jugements se structurent autour de ces éléments. À la différence de la jurisprudence du Conseil d'État, l'utilisation par les cours anglaises de la proportionnalité est plus conforme à ce que l'on peut attendre d'un contrôle juridictionnel clair de l'action administrative. La plus grande structuration et rationalisation des étapes de contrôle est un élément important, qu'il est nécessaire de promouvoir. Ce qui est en jeu c'est tout à la fois la compréhension de la décision d'espèce rendue par les juges, que de la façon dont le contrôle s'organise. Ce dernier point constitue indéniablement une aide pour que l'administration puisse, dans le futur, améliorer ses décisions, au regard des exigences jurisprudentielles.

Néanmoins, comme nous l'avons dit plus haut, cette structure en quatre temps ne nous paraît pas pertinente. Notamment, la première étape ne peut pas être considérée comme en faisant partie. Certes, la division tripartite est largement artificielle, tous les éléments étant interdépendants. Mais, ici, déterminer si le but est « suffisamment important pour justifier la limitation » exprime en fait ce qu'est le contrôle de proportionnalité. Si le Lord veut plutôt dire que les juges doivent rechercher si le but visé permet de justifier une limitation des droits, alors il s'agit ici d'un contrôle du but, non de proportionnalité. La division en trois parties nous semble la plus à même d'expliquer et de rendre clair le contrôle opéré par les juges.

Le second argument en faveur du contrôle de proportionnalité est qu'il serait plus intense. Il permet aux juges d'aller plus loin dans le contrôle de l'appréciation portée par l'autorité administrative. C'est également l'un des reproches faits pour s'opposer à sa généralisation. Trop intense, il emmène le juge de *judicial review* sur un terrain qui n'est pas le sien, les *merits*. En effet,

---

3642. *Bank Mellat v. HM Treasury* [2013] UKSC 39, [20].
Reprise notamment dans : *R. (on the application of Tigere) v. Secretary of State for Business, Innovation and Skills (Just for Kids Law intervening)* [2015] UKSC 57, [33] (Lady Hale) : *R. (on the application of Keyu) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2015] UKSC 69, [281] (Lord Kerr).
3643. *R. (on the application of Quila) v. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 45, [45] (Lord Wilson) ; *R. (on the application of Bibi) v. Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 68, [29] (Baroness Hale).
Un tel test concerne également les actes de portée générale : *R. (on the application of Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department* [2017] UKSC 10. La réglementation visant à obliger une personne vivant au Royaume-Uni à avoir un certain niveau de revenu pour pouvoir prétendre faire venir son conjoint sur le territoire est considérée comme conforme aux quatre étapes du contrôle de proportionnalité, et en particulier à la balance des intérêts (Voir [52] – [60], jugement commun de Baroness Hale et Lord Carnwath).
RIVERS (J.), « Proportionality and Variable Intensity of Review », *CLJ* 2006, pp. 174-207 ; SALES (P.), « Proportionality and the Margin of Appreciation : Strasbourg and London », pp. 179-193 in *General Principles of Law. European and Comparative Perspectives*, sous la dir. S. Vogenauer et S. Weatherill, *op. cit*.

comparée au contrôle du caractère déraisonnable, la proportionnalité constitue une rupture. À l'inverse, le contrôle dit de *Wednesbury* ne permettait aux cours de ne censurer que les erreurs les plus manifestes. La Chambre des Lords a pu considérer disproportionnée la décision d'une autorité de police visant à renvoyer trois bus emmenant des manifestants de Londres vers leur lieu de rendez-vous, au motif que parmi eux, certains appartiendraient à un groupuscule anarchiste[3644]. L'autorité aurait dû prendre une décision plus adaptée et moins invasive pour les libertés d'expression et de réunion, car le risque de trouble à l'ordre public paraissait faible. Auparavant, les Lords considéraient ne pouvoir intervenir que si les circonstances de l'affaire n'étaient manifestement pas de nature à justifier la décision, ce qui aurait certainement conduit dans ce cas à la validation de la mesure[3645]. Même reformulé avec l'expression du « contrôle plus poussé », le caractère déraisonnable d'une décision était difficile à mettre en évidence, ce d'autant plus que la charge de la preuve pèse sur le requérant : c'est à lui de démontrer que la décision administrative est tellement peu justifiée qu'elle ne satisfait pas les exigences élémentaires de la rationalité. Sur ce point, le passage au contrôle explicite de proportionnalité repose sur les mêmes données qu'en droit administratif français : il s'agit de passer de la censure de l'erreur considérée comme manifeste, à la sanction de l'erreur moins apparente, plus discrète et qu'il faut aller chercher, puisqu'elle n'apparaît pas d'elle-même[3646]. L'analogie est d'autant plus pertinente que durant des décennies la jurisprudence *Wednesbury* a pu servir pour exercer une certaine forme de contrôle de proportionnalité, mais cantonnée à la sanction du déraisonnable, c'est-à-dire de la disproportion manifeste. La reconnaissance explicite de la proportionnalité ne constitue pas tant l'introduction d'un nouvel outil que sa rationalisation et l'augmentation de son intensité. Ces deux tendances sont également observables en France.

Sur trois points le contrôle de proportionnalité va plus loin que le contrôle du caractère déraisonnable de la décision. Tous ces éléments sont liés et interdépendants. Tout d'abord, comme nous venons de le voir, sa formulation en fait un contrôle plus structuré. On constate aussi qu'il est bien plus exigeant avec l'administration. Ensuite, s'ajoute à cela un degré d'exigence plus élevé de la part des juges. Ceux-ci ne se limitent pas à sanctionner les erreurs les plus graves ; ils n'hésitent plus à aller plus avant dans le raisonnement de l'administration. Ce point a été reconnu très explicitement par Lord Steyn dans son jugement dans l'affaire *Daly* : « la doctrine de la proportionnalité conduit la

3644. *R. (on the application of Laporte) v. Chief Constable of Gloucestershire* [2007] 2 AC 105.
3645. FENWICK (H.), *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, *op. cit.*, p. 244.
3646. Sophie Boyron considère également que la jurisprudence *Wednesbury* peut se rapporter à la sanction de l'erreur manifeste par le Conseil d'État, et voit dans le contrôle de proportionnalité une étape supérieure dans le contrôle des juges : BOYRON (S.), « Proportionality in English Administrative Law : A Faulty Translation ? », *op. cit*., p. 243.
Voir également : WALKER (P.), « Unreasonableness and Proportionality », voir p. 231 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit*.

cour à évaluer la balance opérée par l'autorité décision, et pas seulement à se demander si elle appartient au champ des décisions rationnelles ou raisonnables », ce à quoi s'ajoute le fait que « le test de proportionnalité va plus loin que les cas d'ouverture traditionnels en ce qu'il nécessite de s'intéresser au poids accordé aux intérêts et éléments » de l'affaire[3647]. En s'appliquant aux décisions affectant les droits, les juges utilisent un outil qui les conduit à une intensité de contrôle bien plus élevée que dans les autres affaires[3648] ; cela leur permet de rendre ainsi plus facilement compatible le contrôle par voie de *judicial review* avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne[3649]. Plus « perfectionné »[3650], le contrôle de proportionnalité peut potentiellement conduire les juges à réévaluer complètement la décision, et à juger de la pertinence de chacun de ses éléments, pour lui-même ; le juge n'exercerait alors plus véritablement un « second regard », exprimé par la nature de « supervision » de la *judicial review*, mais déciderait lui même de ce qui est proportionné ou de ce qui ne l'est pas. Enfin, la charge de la preuve ne pèse plus sur le requérant, mais sur l'autorité administrative ; celle-ci se trouve dans l'obligation de bien motiver sa décision[3651]. C'est à elle de démontrer en quoi la limitation des droits que sa mesure fait subir aux individus est légitime et proportionnée. Sur ce point, si l'administration a pris beaucoup de précautions à évaluer l'importance des droits affectés lors de l'édiction de sa décision, cette dernière sera d'autant plus simple à expliquer et justifier[3652]. Dans l'affaire *Quila*, la réglementation en cause faisait passer de 18 à 21 ans l'âge minimum nécessaire pour qu'une personne étrangère mariée à une personne britannique puisse demander un visa sur le fondement de ce mariage. Le but de la mesure était de limiter les mariages forcés. Relevant qu'aucune distinction n'était faite, la Cour Suprême en a conclu

3647. *R. (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26, p. 547.
Dans la même affaire, Lord Cooke fait part de sa faible appétence pour le contrôle du caractère déraisonnable de la décision, tel qu'il ressort de l'affaire *Wednesbury*. Le Lord est convaincu que « le jour viendra où il sera plus largement admis que l'affaire *Wednesbury* était une décision malheureusement rétrograde, en ce qu'elle affirme qu'il y a des degrés concernant le caractère déraisonnable et qu'il faut un degré particulièrement extrême pour que la décision tombe sous le coup d'une invalidation juridictionnelle » (*ibid*., [32]).
3648. *R. (on the application of Begum) v. Denbigh High School* [2007] 1 AC 100, [30] (Lord Bingham) ; *Kennedy v. Charity Commission* [2014] UKSC 20, [54].
CLAYTON (R.) et GHALY (K.), « Shifting Standards of Review », *op. cit.* ; AMOS (M.), « The dialogue between United Kingdom courts and the European Court of Human Rights », *ICLQ* 2012, pp. 557-584.
3649. LEIGH (I.), « Taking Rights Proportionately : Judicial review, the Human Rights Act and Strasbourg », *PL* 2002, pp. 265-287.
3650. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, p. 593.
3651. JOWELL (J.), « Beyond the rule of law : towards constitutional judicial review », *op. cit.*, pp. 680-681 ; « Proportionality and Unreasonableness : Neither Merger nor Takeover », pp. 41-59, notamment pp. 54-55 in *The Scope and Intensity of Substantitve review. Traversing Taggart's Rainbow*, sous la dir. de H. Wilberg et M. Elliott, *op. cit*. ; KAVANAGH (A.), « Reasoning about proportionality under the Human Rights Act 1998 : outcomes, substance and process », *op. cit.*, pp. 250-254 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 592-594 ; CRAIG (P.), « Substance and Procedure in Judicial Review », pp. 73-89 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law, A liber Amicorum,* sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit.* ; WILLIAMS (R.), « Structuring substantive review », *op. cit*..
3652. ELLIOTT (M.), « From Bifurcation to Calibration : Twin-Track Deference and the Culture of Justification », pp. 61-89 in *The Scope and Intensity of Substantitve review. Traversing Taggart's Rainbow*, *ibid*.

que le ministre n'avait pas su justifier ni la nécessité ni la balance des éléments d'une telle décision[3653]. Elle est déclarée contraire à l'article 8 de la Convention européenne. Dans l'affaire *Tigere*, le requérant attaquait la réglementation en vigueur posant comme condition d'accès aux prêts étudiants pour les étrangers que l'individu faisant une demande détienne un droit non limité dans le temps de rester sur le territoire britannique. Les Lords Kerr et Sumption considèrent la mesure valide au regard de l'article 14 de la Convention européenne, notamment car elle n'a pas été prise « sans fondement manifestement raisonnable »[3654]. À l'inverse, Lady considère que ce test est trop restrictif, en partie au motif que le ministre ne s'est pas intéressé avec suffisamment de précision à la question[3655]. Elle considère, rendant le jugement pour la Cour Suprême, que la réglementation ne permet pas d'atteindre le but fixé (éviter les dépenses publiques inutiles), que d'autres moyens étaient ouverts (poser une condition tenant au nombre d'années passées sur le territoire) et qu'elle était disproportionnée au sens strict (les inconvénients importants pour l'étudiant, mais aussi pour la société ne pouvant profiter de son savoir, dépassent l'intérêt financier de la mesure)[3656]. Récemment, la remise en cause de la décision d'introduire des frais de justice élevés dans le cadre de certains recours s'est fondée sur le fait que Lord Chancelier n'a pas démontré qu'il n'existait pas un moyen alternatif plus efficient pour réaliser les buts poursuivis[3657].

Si certains juges se sont explicitement prononcés en faveur du remplacement du contrôle du caractère raisonnable par un contrôle général de proportionnalité[3658], la jurisprudence n'en est pas arrivée à ce point aujourd'hui. Comme nous l'avons vu, la Cour Suprême n'a pas encore franchi le Rubicon, notamment faute d'une formation assez nombreuse de juges ayant eu à connaître de la question. Il reste cantonné aux décisions affectant les droits fondamentaux.

3653. *R. (on the application of Quila) v. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 45, [44] – [59] (Lord Wilson).
3654. *R. (on the application of Tigere) v. Secretary of State for Business, Innovation and Skills (Just for Kids Law intervening)* [2015] UKSC 57, [77], [93] et [100].
3655. [32].
3656. [37] – [42].
3657. *R. (on the application of UNISON) v. Lord Chancellor* [2017] UKSC 51, [99] – [103] (Lord Reed).
3658. Voir l'opinion de Lord Dyson dans l'affaire *R. (on the application of British Civilian Internees : Far East Region) v. Secretary of State for Defence* ([2003] EWCA Civ. 473, notamment [34]).
Voir également : Lord Dyson, « Is Judicial Review a Threat to Democracy ? », discours prononcé lors de la Sultan Azlan Shah Lecture, Novembre 2015, 18 pages, pp. 8-9 (disponible sur internet).

2. Le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review*, des outils de protection des droits encore parfois insuffisants au regard de la Convention européenne

Les développements importants qu'ont connus le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review*, afin de mieux protéger l'individu, ont profondément modifié le rôle des juges. De garant de la légalité, leur conférant une mission parfois abstraite, ils sont devenus promoteurs et défenseurs des droits. Pour autant, ces évolutions ne peuvent pas gommer toutes les caractéristiques dont ils sont empreints, du fait de leur histoire. Leur efficacité est mise en cause, notamment par la Cour européenne. En exigeant notamment qu'un contrôle de « pleine juridiction » soit toujours effectué, elle fait la promotion d'un juge dont la seule préoccupation est de garantir les droits[3659]. Si cette mission n'a pas à lui être dévolue nécessairement en premier lieu, il doit toutefois pouvoir toujours exercer un certain regard pour s'assurer de la protection de l'individu. Or, le recours pour excès de pouvoir (a.) et la *judicial review* (b.) ne semblent pas pouvoir remplir cette fonction dans toutes les situations. Une certaine remise en cause est décelable. Il faut déjà relever cependant qu'elle affecte bien plus directement la seconde que le premier.

a. Le reflux du recours pour excès de pouvoir dans le domaine des sanctions

La subjectivisation du droit administratif a conduit à de profondes modifications du recours pour excès de pouvoir. Nous avons pu constater déjà un certain recul, au profit du recours de pleine juridiction[3660]. Considéré comme mieux à même de permettre la satisfaction des prétentions individuelles, le Conseil d'État n'hésite pas à en développer le champ d'application. Ce phénomène est aussi perceptible sous l'influence de la Cour européenne, et ce, malgré le développement d'un contrôle de proportionnalité particulièrement poussé dans la jurisprudence de l'excès de pouvoir.

L'arrêt *Société Atom*, comme nous l'avons vu, a ainsi fait entrer les sanctions administratives dans le champ du recours de pleine juridiction[3661]. Les possibilités ouvertes aux juges de l'excès de pouvoir ont été considérées comme trop limitées pour faire primer la loi plus douce. Cette évolution n'est pas étrangère à l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme. Si l'arrêt

3659. TINIERE (R.), « La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif », *RFDA* 2009, pp. 729-740.
3660. Voir *supra* : Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I, II, B, 1, d.
3661. CE, Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, rec. 26 ; *RFDA* 2009, pp. 259-271, concl. Legras ; *JCP G*, 13 mai 2009, pp. 34-37, note K. Grabarczyk.
Voir : MARTINEZ-MEHLINGER (J.), « Vers l' « atomisation » du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des sanctions administratives, *RFDA* 2012, pp. 257-268 ; ETOA (S.), « L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives », *AJDA* 2012, pp. 358-365.

Société Atom n'a pas entendu se fonder sur le droit européen pour justifier explicitement le passage au recours de plein contentieux, plusieurs éléments peuvent faire penser que le Conseil d'État souhaiter s'aligner sur ses exigences[3662]. D'une part, l'arrêt a été rendu au visa de la Convention. D'autre part, le contrôle par la voie du recours de plein contentieux permet d'uniformiser le contentieux des sanctions fiscales, considéré comme relevant de la « matière pénale » au sens de l'article 6 de la Convention. Cela implique, pour que le recours soit de « pleine juridiction » que le juge puisse moduler le montant de la sanction. Cela n'aurait pas été possible *via* le recours pour excès de pouvoir, cantonné à la seule annulation de l'acte.

Dès lors, si les exigences de la Cour de Strasbourg ne semblent pas directement à l'origine de cette évolution, elles conduisent le juge à développer un contrôle bien plus poussé, rendant alors la distinction des recours moins utile et tenable. L'individu et ses droits sont au centre des préoccupations, et à ce titre, malgré les efforts du juge de l'excès de pouvoir, celui-ci souffre de certaines carences congénitales conduisant à sa mise à l'écart. À rapprocher le recours pour excès de pouvoir d'un contentieux centré sur l'individu et ses droits, la jurisprudence le « banalise ». Son originalité en est alors diminuée, ne laissant plus qu'une impression d'inadaptation. Il va vers la protection des droits, mais reste affublé de son héritage « objectif ». S'il est vrai que le recours pour excès de pouvoir est classiquement considéré comme satisfaisant aux exigences de l'article 6[3663], il ne peut pas être exclu que cet article soit pris en compte dans certaines évolutions jurisprudentielles conduisant le Conseil d'État à ouvrir le recours de pleine juridiction plutôt que le recours pour excès de pouvoir[3664]. Ainsi, Gweltaz Eveillard relève que dans l'arrêt *Didier*, si le Conseil d'État admet que le Conseil des marchés financiers n'a pas nécessairement à respecter toutes les exigences de l'article 6-1, c'est « compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux ». La précision de la nature du recours en cause laisse penser qu'*a contrario*, le recours pour excès de pouvoir pourrait sembler insuffisant pour les décisions prises par les autorités administratives

3662. Voir la note de Katarzyna Grabarczyk sur l'arrêt *Société Atom* (*JCP G*, n°20, 13 mai 2009, pp. 34-37).
Voir aussi : MAMONTOFF (C.), « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives », *RFDA* 1999, pp. 1004-1021 ; TINIERE (R.), *ibid*., notamment pp. 737-738.
3663. Ainsi, la Cour européenne a considéré que la France ne respectait pas le droit à un recours effectif, car aucune voie n'était aménagée contre les décisions du Procureur de la République relatives à l'effacement et au traitement des données personnelles contenues dans les fichiers de police. Tout en affirmant cela, le juge de Strasbourg relève qu'entre la commission des faits litigieux et sa propre décision, le Conseil d'État avait ouvert la voie du recours pour excès de pouvoir contre de telles décisions, reconnaissant de façon implicite qu'une telle évolution suffit pour pallier la carence constatée : CEDH, 18 septembre 2014, *Brunet c. France*, req. n° 201010/10, [42].
Le recours pour excès de pouvoir a été ouvert par la décision *Elkaim* (CE, 17 juillet 2013, rec. 217).
Voir également : EVEILLARD (G.), « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA* 2010, pp. 531-539.
3664. MAMONTOFF (C.), *ibid*., pp. 1015-1018 ; TINIERE (R.), *ibid*., p. 738.

indépendantes[3665].

b. L'insuffisance de la *judicial review* dans le respect des exigences de l'article 6-1 en matière administrative

Deux éléments différencient nettement le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* dans ce domaine. L'article 13 de la Convention européenne n'a pas été introduit dans l'ordre juridique anglais, mais la jurisprudence de la Cour européenne précisant ses exigences est influente[3666]. De plus, le caractère insuffisant de la *judicial review* au regard des éléments l'article 6-1 est affirmé avec une force particulière, ce malgré le développement du contrôle de proportionnalité. Plus particulièrement, il est des cas dans lesquels elle ne permet pas de compenser les carences dans les procédures administratives suivies par les autorités administratives. La question centrale ici est celle du respect du principe d'impartialité lorsque la décision n'est pas prise par une autorité quasi-juridictionnelle, et concerne un droit civil. Deux situations extrêmes sont à distinguer[3667].

En premier lieu, lorsque l'autorité administrative adopte, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, certaines lignes directrices, puis les applique aux cas individuels, le contrôle par voie de *judicial review* suffit à garantir le respect de l'article 6-1. Dans l'affaire *Alconbury*, le ministre de la Défense avait adopté une position générale concernant la possibilité d'octroyer une autorisation d'utiliser certains aéroports désaffectés pour les transformer, et était également compétent pour décider quelles entreprises pouvaient recevoir cette autorisation[3668]. La décision est considérée comme purement administrative et n'a pas vocation à trancher entre différents droits, mais à décider ce que requiert l'intérêt public[3669]. De ce fait, et bien que le ministre ne soit pas une autorité indépendante ni impartiale, un contrôle de *judicial review* suffit ; cela peut impliquer un contrôle de proportionnalité, mais la condition de recours de pleine juridiction ne nécessite pour

3665. EVEILLARD (G.), *ibid*., pp. 538-539 ; IDOUX (P.), « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA* 2010, pp. 920-930, pp. 927-928
Pour une formulation similaire : CE, Sect., 27 octobre 2006, *Parent et autres*, rec. 454.
3666. LEIGH (I.), « Taking Rights Proportionately : Judicial Review, the Human Rights Act and Strasbourg », *op. cit.*, pp. 268-272.
3667. LEIGH (I.), « Taking Rights Proportionately : Judicial Review, the Human Rights Act and Strasbourg », *op. cit.* ; Lord Irvine of Lairg, « The Impact of Human Rights Act : Parliament, the Courts and the Executive », *op. cit* ; HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *Law and Administration*, 3e éd., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 827 pages, pp. 660-666 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 420-430 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 352-364 ; ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 515-518.
3668. *R. (on the application of Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23.
3669. [74] – [76] (Lord Hoffmann).

autant pas que les juges se substituent à l'appréciation d'« opportunité » de l'autorité décisionnaire[3670].

La seconde situation découle de la jurisprudence de la Cour européenne. Dans l'affaire *Tsfayo c. Royaume-Uni*, elle a considéré que la *judicial review* ne permettait pas de combler les lacunes de la procédure administrative en cause, entraînant une violation de l'article 6-1[3671]. Le requérant avait tardé à faire sa demande de renouvellement de diverses aides financières reçues de la part d'une autorité locale. Une fois déposée, celle-ci est rejetée, car aucune « bonne raison » n'est avancée pour justifier du retard. Il fait alors appel auprès de la commission compétente, composée de trois membres de l'autorité locale. Sa demande est une nouvelle fois refusée, et c'est cette décision qui est attaquée par voie de *judicial review*. Arrivée devant la Cour européenne, l'affaire entraîne le constat de la violation de l'article 6-1 pour différents motifs : d'une part, il y a un manque évident d'impartialité et d'indépendance de l'organe d'appel, et d'autre part la question à trancher est analysée en une simple question de fait, n'impliquant aucune dimension discrétionnaire, ou nécessitant de compétence et d'expertise particulière, ni d'élément d'intérêt général à évaluer[3672]. Au vu de ces deux éléments, la *judicial review* ne constitue pas une voie de recours adaptée, car le contrôle sur les faits n'y est pas suffisant. Limitée à la censure des erreurs les plus flagrantes, elle ne permet pas d'opérer un contrôle de « pleine juridiction »[3673]. Deux conclusions s'imposent ici.

Tout d'abord, la *judicial review* souffre toujours de certaines carences dans le contrôle des éléments factuels, du fait du rôle de « supervision » joué par les juges. Dès lors, le développement d'un contrôle de proportionnalité ne permet pas, à lui seul, d'en faire un mécanisme de contrôle nécessairement conforme aux exigences de la Cour européenne. Il n'est donc pas un élément suffisant pour garantir un contrôle complet de l'action administrative. Ensuite, la faiblesse de la *judicial review* dans la recherche des faits influe nécessairement sur le contrôle substantiel de la décision. En se tenant plus éloignés de ces questions, les juges ne portent pas un regard entier sur l'affaire, ce qui limite les conclusions à tirer de telle ou telle situation invoquée devant eux.

Sur ce point, il y a une différence importante entre le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review*, qui se ressent notamment dans leur confrontation à l'article 6-1. Là où la carence du premier se niche dans les pouvoirs du juge, celle affectant la seconde porte sur l'amplitude du contrôle. Cet écart s'explique et se justifie aisément au regard du fonctionnement du système

3670. [49] – [55] (Lord Slynn) ; [123] – [130] (Lord Hoffmann).
3671. CEDH, 14 novembre 2006, *Tsfayo c. Royaume-Uni*, req. n°60860/00.
3672. [46] – [47].
3673. [48].
Cela avait été reconnu : *R. (on the application of Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, [110] (Lord Hoffmann).

anglais, bien plus tourné vers les organes collégiaux de décision, dont la procédure est en principe très proche de celle suivie par les cours[3674]. Utilisée en dernier recours, après que l'affaire ait déjà fait l'objet d'examens factuels multiples, la *judicial review* se cantonne à « réviser », d'un point de vue juridique, l'ensemble de l'affaire. Logique, cette restriction n'en apparaît pas moins comme une déficience dans certains cas. Il faut toutefois tempérer cette assertion. L'affaire *Tsfayo* comporte des éléments très particuliers, notamment au regard de la composition de l'organe ayant à connaître du refus de l'autorité locale. Dans une affaire précédente, jugée en 1995, concernant la décision d'un inspecteur dans le domaine de l'urbanisme, dont la décision peut être remise en cause par le ministre compétent, la Cour européenne en avait conclu à la conformité avec l'article 6-1, à condition que la *judicial review* soit ouverte. Ici, la procédure suivie par l'inspecteur était considérée comme quasi-judiciaire, car fondée sur la base d'enquête publique, et son indépendance ainsi que son expertise étaient garanties. La *judicial review*, même limitée à la sanction des décisions déraisonnables, a été considérée comme suffisante[3675].

La capacité de la *judicial review* à rendre une procédure conforme à l'article 6-1 se révèle fortement dépendante de la nature de la décision ainsi que de la procédure suivie par l'autorité décisionnaire : d'une part, une question de pur fait déterminée par une autorité peu ou pas impartiale et indépendante ; d'autre part, une question de nature plutôt discrétionnaire et mettant en jeu l'intérêt public, prise par une autorité respectant certaines formes et procédures[3676]. Dans le premier cas, la *judicial review* ne suffit pas à compenser les lacunes manifestes au regard de l'article 6-1. La proportion dans laquelle chaque élément doit se retrouver pour permettre à la *judicial review* d'avoir cette fonction dépend largement d'une détermination casuistique. Tout est ici question de degré. Par exemple, si le domaine en cause est plutôt relatif à des questions de régulations ou de prestations sociales, la *judicial review* aura plus de chance d'être suffisante pour régler une question de fait que s'il s'agit de trancher un litige portant sur un droit personnel[3677]. Les juges ressentent la nécessité de ne pas paralyser l'administration, souvent pourvue de pouvoirs discrétionnaires étendus du fait de la loi, sur des problématiques empreintes de considérations techniques et aussi politiques. De même, lorsqu'une question de pur fait est déterminée de façon accessoire à une procédure nécessaire une certaine expertise technique, elle permet de garantir le respect de l'article 6-1[3678].

3674. On pense en particulier ici au système à deux étages des *tribunals* : *First-Tier Tribunal* et *Upper Tribunal*.
3675. CEDH, 22 novembre 1995, *Bryan c. Royaume-Uni*, req. n°19178/91, [44] – [47].
3676. Voir en ce sens le jugement de Lady Hale dans *R. (on the application of Wright) v. Secretary of State for Health* ([2009] 1 AC 739, [23]).
Cette distinction a été confirmée par Cour européenne dans l'affaire *Ali c. Royaume-Uni* du 20 octobre 2015 (req. N°40378/10, [74] – [88]).
3677. *Runa Begum v. Tower Hamlets London Borough Council* [2003] UKHL 5, [41] – [57] (Lord Hoffmann).
3678. *Ali v. Birmingham City Council* [2010] UKSC 8 [53] – [54] (Lord Hope). L'affaire concernait un recours devant

Conclusion du Chapitre I

La confrontation entre l'article 6-1 et la *judicial review* fait ressortir le caractère limité du recours. Malgré les développements qu'elle a connus, elle n'apparaît pas nécessairement comme suffisamment protectrice des droits. La question de l'introduction d'un contrôle de proportionnalité à part entière, et de son rôle exact est symptomatique de cette difficulté que peuvent éprouver les juges. Ce constat s'opère également, dans une mesure moindre toutefois, quant au recours pour excès de pouvoir. Les changements profonds qu'il a subis visent à pallier son caractère limité, tant par le biais d'un accroissement du contrôle opéré que par la diversification des pouvoirs du juge. Le risque est qu'il apparaisse comme une pâle copie du recours de pleine juridiction, renforçant l'idée qu'il doive lui céder le pas. À en rester là, il pourrait sembler que la *judicial review* et le recours pour excès de pouvoir, après s'être enrichis notamment grâce au développement de la *rule of law* et de l'État de droit, soient dépassés par les exigences découlant de ces deux concepts.

Cette conclusion ne nous convainc pas. Tant le recours pour excès de pouvoir que la *judicial review* sont des mécanismes de contrôle juridictionnel qu'il est nécessaire de maintenir et de sanctuariser. Leur caractère ne doit pas être vu comme un défaut, mais comme un élément de leur fonction propre : le respect du droit au sein de l'État de droit, et de la *rule of law*. Ces deux concepts ne se résument pas à la seule garantie des droits. Dès lors, les juges n'ont pas non plus comme rôle unique de toujours faire primer les droits et intérêts individuels. Ce qui au travers du prisme des plus libéraux apparaît comme une défaillance constitue selon nous un élément clé de la fonction des juges de la légalité français et anglais : la nécessité d'une mise en balance constante entre les exigences individuelles légitimes, et la garantie de l'efficacité de l'action administrative, donnée tout aussi légitime que la première. C'est en prenant en compte la globalité du rôle des juges que le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* doivent être évalués.

une cour de comté, dont les pouvoirs sont très similaires à ceux de l'*Administrative Court via* la *judicial review.*

Chapitre II. Un renouvellement à tempérer : la mise en balance des éléments comme fondement du rôle des juges

L'orientation des jurisprudences vers une meilleure protection des droits est indéniable. Ce mouvement est à saluer des deux côtés de la Manche. Néanmoins, les évolutions jurisprudentielles ne vont pas toutes en ce sens. Bien plus, certaines de celles envisagées jusqu'ici sont influencées par d'autres éléments. Juges du droit, les juges français et anglais sont, à chaque décision, aux prises avec le fait. Il n'est pas rare que des considérations factuelles les incitent à prendre une décision plutôt qu'une autre, à maintenir un principe ou le modifier. Les éléments pratiques jouent un rôle dans la solution retenue *in fine* par les juges.

Toutefois, dire que les juges prennent en compte certains éléments concrets, de fait, ne signifie pas qu'ils ne jugeront pas en droit. Si les faits peuvent avoir un rôle déterminant, ils ne peuvent constituer un fondement suffisant à leur contrôle. C'est donc toujours, au sein d'un raisonnement juridique, qu'ils influent. De plus, bien qu'ils portent sur des considérations concrètes, cela ne veut pas dire qu'ils soient, eux-mêmes, dépourvus de toute consécration juridique. Le droit peut, lui-même, prévoir leur prise en compte. En statuant sur la présence de ces éléments et sur leur influence, le juge de l'excès de pouvoir et le juge de *judicial review* prennent en compte, au nom du droit, des données de fait.

Quels sont ces éléments ? Il s'agit, principalement, des considérations propres à l'action administrative. L'idée est présente, sous des formes différentes, en droit français et en droit anglais. La prise en compte de ces données renseigne tant sur le rôle véritable des juges, que sur la méthode qu'ils emploient pour faire respecter la légalité : la mise en balance d'éléments à concilier reste la meilleure expression de leur travail (Section I.). Cette image permet le mieux d'expliquer l'importance du contrôle juridictionnel opéré par la voie du recours pour excès de pouvoir et de *judicial review.* Elle rend cohérentes et légitimes les évolutions jurisprudentielles les plus récentes, qui ne sont pas forcément tournées exclusivement vers une meilleure protection des individus (Section II.).

Section I. La prise en compte des considérations propres à l'action administrative, illustration de la mise en balance des éléments

Forgé notamment pour garantir la « bonne administration », le recours pour excès de pouvoir permet aux juges de s'intéresser aux défis auxquels est confrontée l'activité administrative. Le terme de « bonne administration » prend aujourd'hui un sens particulier, sous l'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne[3679]. Ce n'est pas sur ce terrain que nous proposons de développer notre propos. Bien plus précisément, ce sont les « nécessités de l'action administrative » auxquelles le juge donne une importance particulière. Elles peuvent justifier des solutions et l'élaboration de théorie jurisprudentielle particulière. Une telle optique permet de mettre en évidence le côté réducteur de l'étiquette de « juge de la légalité » apposée au juge de l'excès de pouvoir, mais aussi de limiter le mouvement de « subjectivisation » du recours. Pour y parvenir, il apparaît néanmoins nécessaire de développer une notion particulière. En droit anglais, ce travail conceptuel a été opéré. La notion de « déférence » a été mise en exergue afin de systématiser et d'expliquer une caractéristique ancienne de la jurisprudence en *judicial review* : la restriction des juges dans le contrôle des appréciations de l'administration. Tout autant expression des limites techniques que politiques des juges, la déférence illustre que le contrôle des juges est à la fois conçu et opéré de façon plus restrictive qu'en France, du fait du contexte juridique différent qui y règne (I.). En conséquence, le rôle des juges, en droit français et en droit anglais n'est pas univoque. Il n'est pas tourné exclusivement vers la protection des individus, mais plutôt dans une recherche constante et casuistique d'équilibre et de conciliation. En cela, l'office des juges est, des deux côtés de la Manche, conceptuellement très semblable : il s'agit de mettre en balance les éléments d'une affaire afin de déterminer la meilleure réponse possible au litige. La similarité de la méthode ne signifie pas que le contrôle est identique. Au contraire, l'image de la balance permet d'inclure l'idée de pesée des éléments qui, elle, peut se faire différemment suivant les juges (II.).

I. La nécessité de prendre compte des considérations propres à l'action administrative

L'influence des éléments propres à l'action administrative ne peut étonner. Considéré comme un recours objectif, le recours pour excès de pouvoir confronte l'acte de l'administration avec la

3679. Lord Millet, « The right to good administration in European law », *PL* 2002, pp. 309-322.

légalité. Son action est au cœur de l'appréciation du juge. De même, si l'on insiste sur sa dimension subjective, alors la présence de l'administration à un « procès entre parties » n'est pas anormale, tout comme le fait pour le juge de se pencher sur sa situation. L'activité administrative, matière du recours pour excès de pouvoir, ne peut échapper à une évaluation de la part du juge. Celle-ci est, en premier lieu, juridique. Il s'agit de déterminer si l'acte est légal. En second lieu, elle a une dimension plus pratique. Le juge prend en compte les difficultés que peut rencontrer l'administration dans son action c'est-à-dire les contraintes pesant sur elle. Il pourra alors faire preuve d'une certaine forme de mansuétude à son égard, et adapter la légalité pour « aider » son action. Le juge se révèle être, au-delà d'un censeur, un soutien pour l'administration. Cette facette du rôle du juge de l'excès de pouvoir pourrait paraître dépassée, et reléguée aux temps anciens. Or, elle est, en vérité, d'une criante actualité. Cependant, il faut, avant toute chose, préciser l'expression vague de « nécessités de l'action administrative ». À ce titre, il faut la distinguer de la notion de « bonne administration », dans son sens moderne, à laquelle il est fréquemment fait référence en droit public[3680]. Il sera alors possible de préciser les éléments permettant d'identifier la prise en compte des « nécessités de l'action administrative » par le juge (A.).

En Angleterre, la notion de déférence implique une prise en compte double des caractéristiques inhérentes à l'action administrative. Son émergence dénote toute la différence de contexte juridique et historique dans lequel s'est développée la *judicial review.* Jamais liés organiquement à l'administration, les juges ont plus de recul sur l'activité administrative, conduisant à plus de réticence dans son contrôle. Permettant ainsi d'adapter le contrôle du juge au contexte, elle se révèle toutefois être à la fois trop absolue et insuffisante. Il apparaît nécessaire de la dépasser afin que soit forgée une notion similaire à celle proposée pour le contrôle du juge de l'excès de pouvoir (B.).

A. Une notion à développer : les « nécessités de l'action administrative », élément du recours pour excès de pouvoir

L'expression « nécessités de l'action administrative » que nous avons retenue jusque-là, mérite d'être expliquée. Pour cela, il faut la distinguer, mais non l'opposer, à la « bonne administration » (1.). C'est par le prisme de cette dernière que ces nécessités sont identifiables. Il ne s'agira pas ici d'élaborer une théorie ou de mettre en évidence un quelconque standard influençant la

3680. BOUSTA (R.), *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, thèse, L'Harmattan, Paris, 2010, 566 pages.

décision du juge. De façon bien plus prosaïque, nous souhaitons relever les soutiens auxquels l'administration a droit. Ce sont donc des éléments, concrets et précis, qui seront identifiés (2.). Il peut apparaître contradictoire que, dans un État de droit soumettant l'administration tant au respect du droit que des droits, il lui soit permis de se dégager de certaines contraintes juridiques. La contradiction n'est qu'apparente. C'est oublier la finalité de l'action administrative : l'intérêt général (3.).

1. Une notion distincte du standard de « bonne administration »

Le recours pour excès de pouvoir a pu s'appuyer, pour se construire, sur cette mission particulière : assurer la « bonne administration ». Il a même pu être qualifié de « soupape de sûreté », pour reprendre les termes de Léon Aucoc. L'expression même de « bonne administration » a été popularisée par Maurice Hauriou[3681]. Elle est notamment utilisée par l'auteur dans sa note sur l'arrêt *Casanova*[3682]. Analysant l'extension du recours pour excès de pouvoir contre les délibérations des conseils municipaux permise par la décision, l'auteur y voit « un coup de barre hardi » lui permettant de redevenir « ce qu'il fut toujours essentiellement, un moyen de bonne administration »[3683]. Au-delà de ces liens avec l'idée de « moralité administrative » aussi développée par Hauriou, il est utile de s'intéresser à ce qu'il entend par cette notion[3684]. Dans cette même note, celle-ci est liée à l'idée de bonne gestion administrative. L'extension du recours pour excès de pouvoir permettait de remplacer la tutelle administrative du préfet, mise à mal par la décentralisation, par la tutelle du Conseil d'État. Elle était nécessaire afin d'éviter les excès que pourraient commettre les villes. Celles-ci, motivées par les velléités électoralistes de leurs élus, risquaient la mauvaise gestion financière par une mise en place de politiques trop dispendieuses. Ces pratiques sont dénoncées avec vigueur par Hauriou. Ensuite, et plus en lien avec l'arrêt, il relève que la loi n'autorise les communes à engager de nouvelles actions, *via* la création de services publics, qu'en cas de circonstances exceptionnelles. Il apparaît alors nécessaire de veiller à l'existence réelle de telles circonstances. Elles ne doivent pas devenir des motifs factices, justifiant une politique interventionniste des municipalités. Afin d'éviter cela, il faut une tutelle exercée par le

3681. BOUSTA (R.), *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, *op. cit.*, pp. 71-82.
3682. CE, 29 mars 1901, *Casanova*, rec. 333 ; *Sirey* 1903, pp. 73-76, note Hauriou ; GAJA 21e éd., n°8.
Voir aussi : HAURIOU (M.) et DE BEZIN (G.), « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », *RTD Civ.* 1903, pp. 543-586, notamment p. 572.
3683. *ibid.*, p. 73.
Voir également : MELLERAY (F.), « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *JCP A* 25 juillet 2005, pp. 1233-1239, notamment pp. 1235-1236.
3684. BOUSTA (R.), *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, *op. cit.*, pp. 71-82.

juge, à défaut de la tutelle du préfet. Il lui revient alors, par la voie de l'excès de pouvoir, de vérifier le bien-fondé de l'invocation des circonstances exceptionnelles. Cette condition à l'interventionnisme municipal est, certes, motivée par l'individualisme important de l'époque. Mais, c'est bien sur l'idée de « tutelle administrative » qu'Hauriou axe son analyse, permettant d'éviter les excès des municipalités.

Cette relation entre l'idée de bonne gestion et de « bonne administration » se retrouve aussi dans l'étude récente qu'en a faite Rhita Bousta. Qualifiée par l'auteur de standard[3685], la « bonne administration » y est définie comme « *l'adaptation équilibrée des moyens* de l'administration publique »[3686]. Elle peut alors être liée à l'idée d'efficience dans l'utilisation des moyens financiers[3687]. On retrouve une acception proche de celle perçue dans la note d'Hauriou : celle de bonne gestion. L'idée sous-jacente est d'éviter que l'action administrative soit déraisonnable. De façon plus positive, la « bonne administration » permet, notamment par la voie du contrôle juridictionnel, de parvenir à des activités administratives équilibrées et adaptées. Il faut alors que l'administration fasse un « bon usage des moyens »[3688]. Il est remarquable alors de noter une certaine ambivalence dans ce standard. Comme le souligne encore Rhita Bousta à divers endroits de sa thèse, la « bonne administration » peut jouer tant au profit des individus que de l'administration. L'exemple topique est celui de la directive, devenue « lignes directrices »[3689]. D'une part, elle permet d'encadrer et de rationaliser l'utilisation du pouvoir discrétionnaire. Le but est de traiter plus facilement des demandes sérielles. D'autre part, l'administration doit étudier chaque cas, et peut s'écarter de la position exprimée au motif que les circonstances entourant le cas concerné justifient une décision différente. L'idée d'équilibre apparaît bien entre les nécessités administratives, et les attentes et droits des individus.

Ce standard ne sera pas retenu ici. Il nous semble, dans l'étude du contrôle du recours pour excès de pouvoir, d'une utilisation malaisée. Nous ne nions pas sa prise en compte par le juge. Toutefois, il s'adresse avant tout à l'administration. Le juge peut s'en faire le garant, mais ce n'est pas sa mission première. Il veille avant tout à la légalité de l'action administrative. C'est dans sa globalité que nous l'étudions ici. Il paraîtrait trop restrictif de s'en tenir uniquement aux cas dans lesquels sa jurisprudence est aux prises avec la « bonne administration ». En revanche, il est toujours confronté à l'action administrative et à ses réalisations matérielles. Dans chaque affaire,

3685. BOUSTA (R.), *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, *op. cit*, pp. 288-303.
3686. *ibid*., p. 169 (C'est l'auteur qui souligne).
3687. *ibid*., p. 180.
3688. *ibid*., p. 219.
3689. *ibid*., pp. 379-385.

cette donnée est présente[3690]. Son activité se trouve plus libre, sans que les garanties pour les individus ne soient excessivement remises en cause. Enfin, la notion même de « bonne administration » est empreinte d'une grande imprécision et d'une certaine ambivalence[3691]. Notamment, dans sa dimension européenne, elle réunit des principes divers, portés sur la qualité de l'action. Ce sentiment est renforcé par l'absence de définition dans les dictionnaires juridiques classiques. Insaisissable, floue et ambivalente, elle nous paraît, pour notre sujet, peu opératoire. De façon bien plus concrète et en dehors de toute grande notion, il est possible de déceler dans la jurisprudence du Conseil d'État une vraie prise en compte des défis auxquels fait face l'administration. En agissant ainsi, le juge de l'excès de pouvoir pourra alors déterminer dans quelle mesure il est nécessaire de relâcher les contraintes de la légalité pour faciliter l'action administrative. En somme, si la « bonne administration » a rapport à l'efficience, notre propos aura vocation à démontrer la prise en compte des moyens mis en œuvre par l'administration pour être efficace c'est-à-dire pour que son action produise « l'effet qu'on en attend »[3692].

2. Les précisions nécessaires sur l'idée de « nécessités de l'action administrative »

Le standard de « bonne administration » ne nous paraît donc pas pleinement adapté. Nous lui préférons la notion de « nécessités de l'action administrative ». Proprement définie (a.), elle permet de renvoyer à des éléments présents en jurisprudence (b.).

a. Définition de la notion

Il faut mettre en évidence ce que l'on appelle les « nécessités de l'action administrative ». Plusieurs éléments seront mentionnés ici. Il s'agir de voir leurs effets sur le contrôle du juge. Déjà, l'expression que nous utilisons peut se prévaloir de l'autorité de Raymond Odent. Dans son manuel, il constatait que la juridiction administrative « connaît les nécessités et les difficultés de l'action administrative ; elle cherche les solutions qui, tout à la fois, respectent le droit et ne gênent pas le

3690. Elle se retrouve même dans les cas impliquant la « bonne administration ». Ainsi, certains exemples impliquant ce standard peuvent tout aussi bien illustrer les propos qui suivront. Tel est le cas des limites posées par le juge au formalisme (*ibid*., pp. 208-210). Elles permettent d'éviter à l'administration de se retrouver contrainte par le respect de forme peu utile.
3691. *ibid*., p. 69 et s.
3692. *Le Petit Robert*, éd. Le Robert, Paris, 2014, p. 824.

fonctionnement des services publics »[3693]. Dès lors, le contrôle du juge n'est pas coupé des réalités administratives. Censeur de l'administration, il sait aussi faire preuve d'une certaine souplesse à son égard, lorsque cela est nécessaire. Tel est aussi le cœur de la thèse d'Achille Mestre qui, bien qu'ancienne, n'a rien perdu de son actualité[3694]. Dans une veine similaire, le Doyen Favoreu a pu faire du Conseil d'État le « défenseur de l'exécutif »[3695].

Ce rôle particulier se justifie par la relation forte existante entre le Conseil d'État et l'administration[3696]. Si les liens se sont distendus, ils n'ont jamais rompu. Le Conseil d'État a une connaissance précise des difficultés que peut rencontrer l'administration. De plus, il ne se ferme pas à celle-ci. Entretenant une certaine proximité, il ne s'interdit pas de s'intéresser aux difficultés qu'elle peut rencontrer.

Que faut-il alors entendre par « nécessités » ? Il s'agit des cas dans lesquels il paraît indispensable au juge de faire tomber, ou d'atténuer des obstacles se dressant sur le chemin de l'administration la menant à la réalisation de son objectif. Bien évidemment, une telle situation dépend de la « force des circonstances »[3697]. Il ne s'agit pas, pour le juge, d'affranchir de toutes barrières, l'action administrative. Parler de légalité n'aurait plus de sens. Seulement, le juge va introduire une dose de souplesse, plus ou moins grande, à ce cadre rigide. Libérée sans être totalement déliée, l'administration peut agir plus aisément. On peut alors parler de véritables « tolérances » apportées par le juge[3698].

Cependant, la notion de « nécessités » ne doit pas être dramatisée ou exagérée. Par exemple, en droit civil, l'état de nécessité correspond à « une situation dans laquelle se trouve une personne qui, pour *éviter un grave péril*, cause à autrui un dommage de moindre importance »[3699]. Ailleurs, on retrouve la « nécessité » définie comme une « situation critique »[3700]. Ces situations entrent dans le cadre des « nécessités de l'action administrative », elles en constituent un des exemples les plus criants. Néanmoins, il ne faut pas les réduire à cela. Plus largement, elles ont rapport à une prise en

3693. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, *op. cit*., t. I, p. 36.
3694. MESTRE (A.), *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration (Études sur le recours pour excès de pouvoir)*, LGDJ, Paris, 1974, 312 pages.
Voir également : GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, thèse, 1972, LGDJ, Paris, ré-impression 2014, 321 pages, voir notamment pp. 187-201.
3695. FAVOREU (L.), « Le Conseil d'État, défenseur de l'exécutif », pp. 237-255 in *L'Europe et le Droit*, *Mélanges en hommage de Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991.
Voir également : VENEZIA (J.-C.), « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », pp. 795-809 in *Le juge et le droit public*, *Mélanges offerts à Marcel Waline,* t. II, 1974, LGDJ, Paris.
3696. Raymond Odent souligne aussi : « la juridiction administrative continue de faire partie de l'administration active » (ODENT (R.), *Contentieux administratif*, *op. cit*., t. I, p. 36).
3697. *Vocabulaire juridique*, 11e éd., sous la dir. de G. Cornu, PUF, Paris, 2016, p. 682.
3698. *Lexique des termes juridiques*, 24e éd., sous la dir. de S. Guinchard et T. Debard, Dalloz, Paris, 2016, p. 723.
3699. *idem* (C'est nous qui soulignons).
3700. *Vocabulaire juridique*, 11e éd., *op. cit.*, p. 682.

compte, dans un cas précis, de contraintes dont l'affranchissement se justifie par le but que souhaite atteindre l'administration. En somme, plus le but sera important, plus l'administration sera autorisée par le juge à déroger aux règles normalement applicables. L'existence d'une situation comportant des risques graves et imminents est un de ces buts justifiant un assouplissement extrême du cadre de la légalité. Mais ce n'est pas le seul. Il peut être aussi question, comme l'a mis en évidence Raymond Odent, d'un but de bon fonctionnement d'un service public. Par son truchement, c'est l'intérêt général que le juge permet de préserver, face aux intérêts privés[3701]. Il y a alors bien une nécessité pour l'action administrative, celle de la continuité par exemple, sans qu'un risque grave soit pour autant mis en évidence.

La « nécessité » ne doit pas être uniquement entendue dans l'ordre des rapports moyens-fins. Le juge peut venir en aide à l'administration en admettant, par exemple, qu'elle puisse poursuivre certains buts alors qu'auparavant elle ne le pouvait pas. De manière générale, cette prise en compte se retrouve, nous le verrons, à toutes les étapes du contrôle, mais également dans le régime des recours.

La prise en compte et l'influence des nécessités administratives sur la jurisprudence du Conseil d'État ne doivent pas étonner. Cependant, comme l'affirmait déjà Achille Mestre dans sa thèse, cet aspect du contrôle juridictionnel « n'a malheureusement pas été assez souvent mis en relief »[3702]. À l'heure où les regards se portent sur la « subjectivisation » du recours pour excès de pouvoir, le regret exprimait il y a maintenant plus de quarante ans n'a pas faibli. Grâce à ces liens avec l'administration, le Conseil d'État n'est pas coupé de la réalité des pratiques administratives dont il a à juger. Dans son « essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », Roger Latournerie y voyait « le sain réalisme et l'expérience administrative qui impriment un caractère tout particulier à la jurisprudence du Conseil d'État, en donnant le pas, dans ses arrêts aux exigences concrètes de la vie publique sur les spéculations gratuites ou du moins entachées d'un excès de théorie »[3703]. Cela rend parfois difficile la systématisation de la jurisprudence. Mais, c'est là aussi son intérêt le plus grand. Ne faisant pas œuvre doctrinale, le juge peut alors construire des solutions adaptées aux exigences diverses présentes devant lui. C'est ce constat qu'il convient d'opérer.

3701. Cette idée se retrouve nettement chez Raymond Odent, exprimée d'une certainement trop absolue : « les magistrats administratifs doivent, en outre, parce qu'ils ont à trancher des litiges qui généralement opposent l'intérêt général, assuré par les services publics, et les intérêts particuliers d'administrés, faire prévaloir l'intérêt, autrement dit protéger systématiquement l'administration au détriment des intérêts privés » (*Contentieux administratif*, t. I, 2007, *op. cit.*, p. 54. l'auteur tempère par la suite ses propos. Il admet, d'une part que les intérêts privés peuvent ne pas s'opposer à l'intérêt général, et d'autre part que le juge administratif s'emploie de plus en plus à la protection des droits des individus).

3702. MESTRE (A.), *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration*, *op. cit.*, p. 260.

3703. LATOURNERIE (R.), « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », pp. 177-275, p. 180 in *Le Conseil d'État. Libre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire, op. cit.*

Contraignant par nature, le droit doit être adapté sous peine de nuire à l'action administrative. Ce rôle revient au juge, directement saisi des problèmes que la rigidité du droit peut produire.

b. Une prise en compte claire en jurisprudence

Plusieurs exemples peuvent être donnés : il est possible d'y ranger des expressions portant le terme même de « circonstances » (*α.*) ou encore « bon fonctionnement du service » (*β.*). Elles révèlent que l'administration a dû faire face à une situation particulière, appelant une réponse particulière. Cela permet de justifier que la solution normalement applicable, en l'état du droit, doit être écartée. Elle doit laisser place à une décision permettant à l'administration de répondre aux exigences auxquelles elle se trouve confrontée. En somme, ces expressions traduisent la même idée : il faut adapter les pouvoirs de l'autorité aux besoins auxquels elle fait face.

α. La prise en compte des circonstances

Une situation factuelle particulière à laquelle fait face l'administration peut conduire le juge à considérer comme légales des décisions prises en dehors du cadre normal de la légalité. C'est la raison d'être de la théorie des circonstances exceptionnelles. Celle-ci « concerne un bouleversement de la vie sociale tel que l'administration ne peut plus remplir ses missions en utilisant ses pouvoirs normaux et en respectant la légalité »[3704].

L'arrêt *Dames Dol et Laurent* est un exemple topique de prise en compte des circonstances rencontrées par l'administration dans son action[3705]. Très explicitement dans cette affaire, le Conseil d'État souligne que « les limites des pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose pour le maintien de l'ordre et de la sécurité […] ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant la période de guerre ». On ne peut être plus clair. Il y a une légalité de paix et une légalité de guerre. La seconde est un assouplissement de la première permettant d'octroyer plus de liberté à l'autorité compétente. En l'espèce est permise l'atteinte à la liberté individuelle et à la liberté du commerce.

Mais, le Conseil d'État ne se contente pas d'établir ce point. L'arrêt s'adresse également au juge lui-même. Il donne une feuille de route du contrôle à opérer : « qu'il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police, de tenir compte, dans son appréciation, des

3704. VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.), *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, *op. cit.*, p. 97.
3705. CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, rec. 208 ; GAJA 21e éd., n°32.

nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu, la catégorie des individus et la nature des périodes qu'il importe de prévenir ». La méthode de contrôle du juge est ainsi exposée et est entièrement tournée vers la prise en compte des difficultés que l'administration rencontre. Cet arrêt est avant tout à l'intention du juge[3706]. L'arrêt *Dames Dol et Laurent* s'inscrit dans la théorie jurisprudentielle dite des circonstances exceptionnelles, permettant l'extension des pouvoirs de l'administration en cas d'événements particuliers[3707].

Cette théorie ne se limite pas aux événements de guerre. Les circonstances exceptionnelles dépassent ce cadre très particulier. Le Conseil d'État peut la faire jouer également en cas de risques graves, tels que ceux résultant de l'explosion d'un volcan[3708]. Certes plus limitées d'un point de vue temporel et géographique, ces circonstances autorisent toutefois l'autorité administrative à interdire la circulation et à ordonner l'évacuation de la zone à risques. Les troubles graves à l'ordre public, du fait d'émeutes, peuvent aussi justifier une intervention du Gouvernement en dehors du cadre légal classique. C'est ce qu'a décidé en 1989, dans l'arrêt *Galliot*, le Conseil d'État, suite aux émeutes en Nouvelle-Calédonie[3709]. Ces « circonstances exceptionnelles » justifient à la fois la dissolution d'un conseil municipal et l'envoi d'une délégation spéciale[3710]. Leur impact ne se limite pas aux mesures de police, mais elles ont trouvé un terrain d'application dans le domaine économique. Au début du XXe siècle, ce n'était qu'en leur présence que les autorités locales pouvaient intervenir pour pallier

3706. D'ailleurs, le début de la citation révèle une inversion, révélatrice de cette idée. Le Conseil d'État précise bien « qu'il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police ». En principe, lorsque le considérant de principe s'attache à définir les bornes de l'action administrative, il se formule de la façon suivante : « l'autorité compétente pourra, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir... ».
Pour un exemple récent d'utilisation de cette dernière formule, voir : CE, 27 juillet 2016, *Mme A. D*, req. n°391939 (considérant 3).
3707. CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, rec. 651 ; GAJA 21e éd., n°30 : le Conseil d'État valide un décret suspendant le droit des fonctionnaires civils, issu de la loi, de recevoir communication de leurs dossiers avant qu'une mesure disciplinaire ne soit prise à leur encontre. Cette mesure, prise par le président de la République, se justifie par la période de guerre que connaît le pays. De ce fait, il revient au chef de l'État « de veiller à ce qu'à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ». C'est bien afin d'éviter la sclérose de l'administration que le juge considère comme légale une mesure qui ne devrait, en principe, pas l'être.
Voir : LOSCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif française*, thèse, LGDJ, Paris, 1972, 349 pages, pp. 192-200. D'une façon générale, on peut se référer à cette thèse concernant la diminution du contrôle du juge, et corrélativement l'augmentation de la liberté de l'administration, en cas de crises.
3708. CE, 18 mai 1983, *Rodes*, rec. 199.
3709. CE, 3 novembre 1989, *Galliot*, rec. 223 ; *AJDA* 1990, pp. 425-426, obs. J. Moreau.
3710. Elles ont également pu justifier une interprétation extensive d'une loi octroyant des pouvoirs spéciaux au Gouvernement afin de faire face à la crise en Algérie. La loi du 16 mars 1956, modifiée par l'ordonnance du 7 octobre 1958, prévoyait la possibilité pour l'autorité gouvernementale de prendre « toute mesure exceptionnelle commandée par les circonstances ». Le Conseil d'État précise que « compte tenu des circonstances exceptionnelles existant alors », cette disposition législative autorisait des mesures « même contraires à des dispositions législatives ou constitutionnelles en vigueur ou à des principes généraux du droit ». Est ainsi déclarée légale la délégation d'office de magistrats en Algérie afin d'y assurer le bon fonctionnement de la justice (CE, Sect., 15 octobre 1965, *Union fédérale des magistrats et sieur Reliquet*, rec. 515).

une carence de l'initiative privée[3711]. Depuis, l'évolution de l'action administrative a démontré le caractère désuet de cette idée. Le juge a largement accompagné ce mouvement, ouvrant les possibilités de l'interventionnisme économique en restreignant les limites pesant initialement. La carence dans l'initiative privée n'est plus une condition pour autoriser l'administration à entreprendre une activité de nature économique, tant que celle-ci est justifiée par l'intérêt général[3712]. C'est aujourd'hui la règle de l'égalité qui règne entre acteurs publics et acteurs privés[3713].

Très récemment, un avis du Conseil d'État a fait mention des « circonstances exceptionnelles » dans un contexte particulier : celui de la motivation des perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence[3714]. L'article L.211-6 du Code des relations entre le public et l'administration prévoit qu'en cas d'urgence absolue, l'autorité administrative peut être exemptée de l'obligation de motivation. Dans son avis rendu en Assemblée, le 6 juillet 2016, le Conseil d'État considère que l'état d'urgence ne permet pas de présumer qu'il existe une « urgence absolue » au sens de l'article précité. Cependant, le juge reconnaît que l'état d'urgence a été prononcé du fait de « circonstances exceptionnelles » dont il doit tenir compte pour déterminer si la dérogation à l'obligation de motivation peut jouer. Cette recherche s'effectue « au cas par cas, en fonction des circonstances particulières de chaque espèce ». Dès lors, si l'état d'urgence ne permet aucune présomption, le Conseil d'État fait preuve de réalisme. Sa mise en place traduit la nécessité pour les pouvoirs publics de répondre à une situation particulière. Si cela ne suffit pas à présumer l'urgence absolue, et à diminuer les contraintes pesant sur l'administration en terme de motivation, elle traduit l'existence de circonstances particulières. Celles-ci peuvent alors justifier la mise en jeu de l'article L. 211-6. Mais, c'est seulement dans une analyse casuistique qu'il pourra pleinement être appliqué. En somme, grâce au jeu des circonstances exceptionnelles, le Conseil d'État s'autorise à un contrôle concret et casuistique, là où la présomption de l'urgence absolue l'en aurait empêché. Cela traduit, dans une certaine mesure, qu'il n'y a pas d'opposition dirimante entre contrôle du juge et relâchement des contraintes pesant sur l'administration. Les deux peuvent être concomitantes. C'est, de toute façon, un constat consubstantiel à la théorie jurisprudentielle des « circonstances

3711. Le Conseil d'État a admis, dès 1901, dans l'arrêt *Casanova* que « les conseils municipaux peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, intervenir pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés » (CE, 29 mars 1901, *Casanova*, rec. 333 ; *Sirey* 1901, pp. 73-76, note M. Hauriou ; GAJA 21e éd., n°8).
Le Conseil d'État atténuera cette condition, en ce qui concerne le domaine économique, en 1930. Dans son arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, le Conseil d'État parle de « circonstances particulières de temps et de lieu » (CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, rec. 583 ; GAJA, 21e éd, n°41).
3712. CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, rec. 272.
3713. Ainsi, l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence permet elle de soumettre certaines activités administratives au droit de la concurrence.
3714. CE, avis, Ass., 6 juillet 2016, *Napol et autres*, rec. 320, concl. Bourgeois-Machureau ; *AJDA* 2016, pp. 1635-1641, chron. L. de Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; GAJA 21e éd., n°118.
Le régime de l'état d'urgence est fixé par la loi du 3 avril 1955.

exceptionnelles »[3715].

Ce que ces exemples démontrent c'est la grande flexibilité d'une expression telle que celle de « circonstances exceptionnelles ». Imprécise, le juge peut l'appliquer avec une certaine souplesse. Elle est donc, en partie, subjectivement définie. Initialement strictement entendue dans le domaine économique, le juge l'a relâché afin de mettre sa jurisprudence en conformité avec l'évolution des pratiques administratives. Ainsi, il a pu les accompagner, plutôt que les entraver.

β. La prise en compte des nécessités de « bon fonctionnement du service »

La nécessité d'assurer le « bon fonctionnement du service » a pu motiver des décisions dont la substance pouvait paraître critiquable. Ainsi, c'est sur ce fondement que repose le pouvoir des ministres de prendre des actes d'organisation de leur service, alors même qu'ils ne disposent pas de pouvoir réglementaire. Malgré le mutisme des textes, les membres du Gouvernement se voient reconnaître la capacité de prendre certaines mesures de portée générale. Le Conseil d'État souligne qu'il leur appartient « de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité ».

Cette jurisprudence est remarquable à plus d'un titre. Construite en 1936, par l'arrêt *Jamart*, elle déroge à l'idée que le Gouvernement ne fait qu'exécuter la loi[3716]. Les ministres peuvent ainsi agir alors même qu'ils « ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire ». La source de ce pouvoir est, là encore, la jurisprudence, et non les textes. L'objectif est aussi clairement donné : elle permet aux chefs de services d'en assurer le bon fonctionnement. En un mot, cela signifie l'exercer « dans la mesure où les nécessités du service l'exigent »[3717]. Cela a une double importance. La première porte sur le champ de la jurisprudence *Jamart*. Si ce qui justifie l'attribution de ce pouvoir réglementaire se trouve dans la nécessité d'assurer le « bon fonctionnement du service », alors il est nécessaire de le reconnaître à tout chef de service. Ce ne sont donc pas des données organiques, mais matérielles qui entrent en jeu. Cela explique que le Conseil d'État n'ait pas limité cette innovation aux seuls ministres. L'idée était présente dans son

3715. La Cour européenne a admis, sur le fondement de la théorie des circonstances exceptionnelles, que des mesures portant atteintes au droit de propriété soient prises. Il faut, néanmoins, qu'elles soient proportionnées à l'objectif poursuivi (CEDH, 15 juillet 2010, *Chagnon et Fournier*, n°44174/06 et 44190/06 : en l'espèce, est proportionnée la mesure du préfet visant l'abattage de certaines catégories d'animaux, dans le contexte de la lutte contre l'épidémie de fièvre aphteuse).
3716. CE, Sect., 7 février 1936, *Jamart*, rec. 172 ; GAJA 21e éd., n°45.
3717. Conclusions M. Bernard sur l'arrêt *UNAPEL* (CE, Sect., 6 octobre 1961, rec. 550 ; *RDP* 1961, pp. 1271-1286, p 1279).

arrêt de 1936. Il l'étendra donc à d'autres organes, allant même jusqu'à reconnaître ce pouvoir à toute autorité gérant un service, que celle-ci soit un établissement public ou encore un organisme de droit privé[3718]. Dans une mesure moindre, l'idée qu'un ministre agissant « dans l'intérêt du service placé sous son autorité » a uniquement fait usage « du droit d'appréciation » ouvert par les textes, est antérieur à la jurisprudence *Jamart*[3719]. Mais, dans ce cas, la notion n'ouvre pas un pouvoir nouveau, mais permet de justifier et de motiver la décision, retenue.

En second lieu, ce pouvoir n'est pas sans limites, il ne peut être utilisé que dans la mesure où il entre dans le cadre des éléments le justifiant. Déjà, dans l'arrêt *Jamart*, le principe était posé. Si le chef de service peut interdire l'entrée dans le service à des personnes susceptibles d'en « troubler le fonctionnement régulier », ce n'est que « dans la mesure où l'exige l'intérêt du service ». Celui-ci est tout à la fois la base et la limite du pouvoir réglementaire reconnu. Ainsi, et dans le même arrêt, le Conseil d'État refuse qu'une interdiction nominative d'entrée dans les locaux soit prononcée contre un agent qui y travaille, sauf « conditions exceptionnelles ». Plus récemment, le Conseil d'État a pu annuler certaines dispositions d'un arrêté pris par le ministre de l'Intérieur et visant à réglementer les réunions syndicales dans des locaux du service[3720]. L'acte en cause prévoyait une obligation d'informer le chef de service lorsque se présente, à une telle réunion, un représentant mandaté, mais n'exerçant pas dans les locaux où se trouve la réunion. Le juge constate l'illégalité de la disposition au motif que « s'il était loisible au ministre, en sa qualité de chef de service, de fixer un délai raisonnable d'information préalable, il a, en retenant un délai de quarante-huit heures, fixé une condition excessive au regard des nécessités d'un bon fonctionnement du service et, par suite, excédé sa compétence ». Au travers des bornes ainsi définies, c'est toujours la raison d'être de ce pouvoir qui transparaît : assurer le « bon fonctionnement du service ». Il en est bien tant le fondement que la limite.

Plus concrètement, il peut prendre diverses mesures : créer des organismes visant à l'aider dans ses fonctions[3721], des mesures concernant les agents sous ses ordres[3722] ou des usagers de ce service[3723].

3718. CE, Ass., 12 avril 2013, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines*, rec. 94.
3719. Ainsi, c'est en cela que la décision du ministre de l'Instruction publique refusant à un abbé de participer au concours d'agrégation de philosophie est légale : CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, rec. 553 ; GAJA 21e éd., n°23.
3720. CE, 27 novembre 2013, *Sud Travail-Affaires sociales*, rec. t. 398.
3721. CE, 11 mai 1979, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, rec. 203, concl. Galabert.
3722. Par exemple, la possibilité de fixer la rémunération d'agents contractuels : CE, Sect., 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, rec. 242.
3723. Par exemple, il peut fixer les conditions à remplir afin qu'un organisme puisse accéder à certaines subventions : CE, Ass., 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, rec. 64.
Il peut aussi, dans ce cadre, prendre des réglementations nécessaires à la vie des détenus en prison : CE, 8 décembre 2000, *Frérot*, rec. 589.

3. Une prise en compte conforme à l'État de droit

Ne pas soumettre l'administration à des contraintes précises et rigides ne contrevient pas à l'État de droit. Bien au contraire. La défense d'une vision trop stricte de la soumission de l'administration au droit et aux droits risquerait de conduire à enserrer celle-ci dans un formalisme et dans un cadre bien trop étroit[3724]. Or, l'action administrative a besoin d'une certaine liberté, synonyme d'adaptabilité aux circonstances. C'est un gage nécessaire à son efficacité[3725]. En la libérant parfois, le juge lui permet de mieux accomplir sa mission : la poursuite de l'intérêt général. Cette notion, certes indéfinissable, ne s'oppose pas de façon frontale aux intérêts privés et aux droits individuels[3726]. L'intérêt général n'est pas l'intérêt de l'administration, c'est un intérêt commun. En cela, sa réalisation profite aux individus. Il n'y a alors pas nécessairement contradiction entre réalisation de l'intérêt général et protection des droits. Bien au contraire, la première peut être une condition de la seconde. Tel est le cas, par exemple, de la poursuite d'un but d'ordre public par l'autorité de police. C'est bien un but d'intérêt général, pouvant conduire à la limitation de certaines libertés. Si, à première vue, il y a opposition, celle-ci n'est pourtant pas aussi frontale. La protection de l'ordre public est, en effet, une condition de la réalisation d'autres libertés. Par exemple, la limitation d'une manifestation dans un but d'ordre public permet de garantir la liberté d'aller et venir des individus. Bien plus, en évitant les excès dans l'utilisation des libertés, c'est aussi à leur protection que l'on procède. La modération permet d'éviter un certain absolutisme de la part de ceux usant de leurs droits. Comme le notait Marcel Waline, « en réalité, en réglementant l'exercice des libertés publiques, l'État sert l'intérêt individuel lui-même. Il empêche que, par l'abus des plus forts, la liberté publique devienne un privilège et que cette liberté cesse par la même d'être publique, c'est-à-dire d'être une liberté dont tous peuvent également jouir »[3727]. L'action administrative, si elle peut avoir pour conséquence de limiter des droits et libertés, n'est pas étrangère à leur protection.

La réalisation de l'action administrative peut ainsi être la condition première de la réalisation des droits des individus. En prenant en compte les nécessités pratiques de son action, le Conseil d'État n'agit pas contre l'État de droit.

3724. BARILARI (A.), *L'État de Droit : réflexion sur les limites du juridisme*, LGDJ, Paris, 2000, 119 pages, pp. 29-33.
3725. LOSCHAK (D.), « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *AJDA* 1981, pp. 387-392, notamment p. 392.
3726. Voir *supra* sur cette notion : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I, II, 3, b.
3727. WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, 2e éd., Montchrestien, Paris, 1949, 436 pages, p. 383.
On retrouve cette même affirmation dans l'article publié par l'auteur en 1956 dans les Études et Documents du Conseil d'État : « des esprits généraux, ignorants des réalités et des nécessités de la vie sociale, s'imagineraient de prime abord que, dans cette tâche de défense du faible contre le fort, le juge administratif ne saurait être trop ferme. Mais il faut prendre garde qu'en sapant l'autorité publique, le juge ruinerait celle de l'État, et, par là, ce qui fait en définitive la sauvegarde de chacun contre les plus forts ou les moins scrupuleux » (« Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE* 1956, pp. 25-33, p. 25).

Malgré cela, la jurisprudence ne permet pas toujours d'en rendre compte avec clarté. Déjà dans le milieu des années cinquante, Roger Latournerie relevait l'ambivalence de la prise en compte de ces éléments. L'auteur rangeait dans la catégorie des « données brutes » jouant un rôle dans la jurisprudence du Conseil d'État, « les raisons pratiques et de bonne administration qui plaident en faveur de telle ou telle solution »[3728]. Pourtant, bien que cette donnée ne soit « jamais absente », elle apparaît pour certains « modeste en apparence », ce d'autant « qu'il [est] rare qu'elle se manifeste extérieurement »[3729]. Ce constat est toujours d'actualité. Toujours aux prises avec les réalités de l'action administrative, le Conseil d'État ne peut ni les nier ni refuser de les prendre en compte afin d'adapter sa jurisprudence. Il faut, cependant admettre que rarement les arrêts révèlent expressément cette prise en compte[3730]. Il serait alors vain de rechercher un terme ou une expression reflétant l'inclusion de ces nécessités dans le raisonnement du juge. Là encore, le laconisme du Conseil d'État empêche une telle pratique.

B. Une notion partiellement admise dans la judicial review *: la déférence*

L'introduction du *Human Rights Act* a rénové en profondeur le droit administratif anglais, et le contrôle juridictionnel. Plus substantiel, et plus protecteur des droits, il est devenu le centre des attentions. Mais, cette évolution apporte également son lot d'incertitudes. Les fondements constitutionnels de l'ordre juridique anglais restent les mêmes. La *judicial review* doit pouvoir à la fois garantir le respect du *Human Rights Act*, sans violer la souveraineté du Parlement ni la séparation des pouvoirs. Cette problématique conduit une partie de la doctrine à rejeter la centralité du contrôle juridictionnel comme garantie contre les excès de l'administration. Liés à la conception « feu vert » du droit administratif, ils font la promotion d'une vision « politique » de la Constitution (*Political Constitution*)[3731].

3728. *ibid*. p. 180.
Voir aussi : GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, thèse, LGDJ, Paris, 1972, 321 pages, pp. 187-201.
3729. *idem*.
3730. *A contrario*, il est possible de citer la formulation de l'arrêt *Blanco*, ressortant de la décision du Tribunal des conflits : « que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les *besoins du service* et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés » (TC, 8 février 1873, *Blanco*, rec. 1er supplément 61, concl. David).
3731. DONSON (F.), « Civil Liberties and Judicial Review : Can the Common Law Really Protect Rights ? », pp. 347-373, notamment pp. 368-370 in *Administrative Law Facing the Future: Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit*. ; GEE (G.) et WEBBER (G.C.N.), « What Is a Political Constitution ? », *OJLS* 2010, pp. 273-299 ; CRAIG (P.), « Political Constitutionalism and Judicial Review », pp. 19-42 in *Effective Judicial Review. A Cornestone of Good Governance*, sous la dir. de C. Forstyh et al., *op. cit.* ; « Political constitutionalims and the judicial rôle : A response », *International Journal of Constitutional Law* 2011, pp. 112-131 ; TOMKINS (A.), « What's Left of the Political Constitution ? », *German Law Journal* 2013, pp. 2275-2292 ; MASTERMAN (R.) et MURRAY (C.), *Exploring Constitutionnal and Administrative Law*, Pearson, Harlow, 2013, 659 pages, pp. 88-108.

Pour J. A. G. Griffith[3732], Lord Irvine[3733] ou encore Adam Tomkins[3734], de nombreux litiges posent des questions d'ordre avant tout politique, dont la nature est inadaptée à la résolution par des juges. Il est alors préférable de passer par la voie d'un contrôle parlementaire en amont, lors de la confection de la loi, et en aval, par la responsabilité du Gouvernement devant la Chambre des Communes. Les arguments des défenseurs d'une vision politique de la Constitution ne sont pas sans effet sur les réflexions autour des limites du contrôle juridictionnel. Ils soulèvent un problème réel : celui de la capacité et de la légitimité des juges à s'introduire de plus en plus profondément dans les décisions administratives. La recherche d'une position médiane entre respect des droits et préservation d'une certaine liberté pour l'administration devient nécessaire[3735].

Pour parvenir à une telle conciliation, les juges et les auteurs ont développé la doctrine de la déférence (*deference*)[3736]. Reflet des préoccupations qui pèsent sur le contrôle juridictionnel, elle traduit le respect porté par les juges aux qualités de l'autorité décisionnaire (1.). Aujourd'hui largement admise en doctrine, même par les promoteurs d'une extension du contrôle juridictionnel, elle ne nous semble pas aptes à pleinement refléter l'importance de la tension qui existe entre des préoccupations très différentes[3737]. En effet, la déférence trouve son point d'appui dans la détermination de l'intensité du contrôle des juges[3738]. Or, la prise en compte des préoccupations

Sur la conception « feu vert » du droit administratif, voir : Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II, II, B.

3732. GRIFFITH (J.A.G.), *The politics of the Judiciary*, 5e éd., Harper Collins, Londres, 1997, 376 pages ; « The Political Constitution », *MLR* 1979, pp. 1-21 ; « Constitutional and Administrative Law », *MLR* 1983, pp. 49-66 ; « Judicial Decision-Making in Public Law », *PL* 1985, pp. 564-582 ; « Judges and the Constitution », pp. 289-310 in *Law, Society and Economy*, sous la dir. de R. Rawlings, Clarendon Press, Oxford, 1997 ; « The Brave New World of Sir John Laws », *MLR* 2000, pp. 159-176 ; « The common law and the political constitution », *LQR* 2001, pp. 42-67.

3733. Lord Irvine of Lairg, « Judges and decision makers : the theory and practice of *Wednesbury* review », *PL* 1996, pp. 59-78.

3734. TOMKINS (A.), *Our Republican Constitution*, OUP, Oxford, 2005, 156 pages ; « The rôle of the Courts in the Political Constitution », *The University of Toronto Law Journal* 2010, pp. 1-22 ; « What's Left of the Political Constitution ? », *op. cit.*

Souvent classé dans les tenants de la vision politique de la Constitution, Adam Tomkins défend une vision mixte, pour laquelle il souhaite que les mécanismes de contrôle parlementaire soient réévalués.

3735. *idem*.

3736. Lord Steyn, « Deference : a tangled story », *PL* 2005, pp. 346-359 ; YOUNG (A.), « In Defence of Due Deference », *MLR* 2010, pp. 554-580 ; « Will You, Won't You, Will You Join the Deference Dance », *OJLS* 2014, pp. 1-20 : KAVANAGH (A.), « Defending Deference in Public Law and Constitutional Theory », *PL* 2010, pp. 222-250 ; SAMUELS (H.), « Judicial Deference and Feminist Method », *PL* 2014, pp. 512-528 ; ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 248-339 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 611-628 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.N.E.), *Administrative Law. Text and Materials*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 284-302.

3737. Paul Craig, qui défend une vision de la *judicial review* fondée sur la *common law*, d'un droit administratif basée sur une acception « basée sur les droits », et faisant la promotion du remplacement du contrôle du caractère raisonnable par un contrôle général de proportionnalité, accepte la doctrine de la déférence, et souhaite que son utilisation soit plus large, notamment pour les erreurs de droit : CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 496-502.

De même, Michael Taggart admet l'utilisation de la déférence au sein d'un contrôle de proportionnalité alors même qu'il fait la promotion d'un droit administratif lui aussi « basé sur les droits » : TAGGART (M.), « Reinventing Administrative Law », pp. 311-335 in *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, sous la dir. de N. Bamforth et P. Leyland, *op. cit*.

3738. JORDAO (E.), *Le juge et l'administration. Entre le contrôle et la déférence*, Bruylant, Bruxelles, 2016, 618 pages : si l'Angleterre n'y est pas traitée, l'auteur met clairement en évidence que la déférence porte avant tout sur l'intensité du contrôle.

Voir également l'ouvrage collectif élaboré sous la direction de Hanna Wilberg et Mark Elliott portant sur l'étendue et

propres à l'action administrative ne joue pas uniquement dans ce domaine. Comme nous le verrons, et à l'instar du recours pour excès de pouvoir, c'est l'ensemble de la *judicial review* qui est traversé par cette problématique. Il est donc nécessaire d'englober la doctrine de la déférence dans une notion plus large, apte à décrire l'esprit qui guide les juges (2.).

1. La doctrine de la déférence, marque de respect envers l'autorité décisionnaire

La déférence se présente comme une doctrine. Telle est la vision généralement retenue. Elle constitue en cela un objet d'étude pour les auteurs. Le but de son élaboration, et sa mise en cohérence, est de mettre en lumière les facteurs influençant les juges dans leur détermination de l'intensité avec laquelle ils doivent contrôler une décision de l'administration. Son émergence conceptuelle coïncide avec l'introduction du *Human Rights Act*, et traduit l'influence, en droit interne, de la notion de « marge nationale d'appréciation », élaborée par la Cour européenne[3739]. Sa vocation est d'étudier les facteurs pouvant conduire les juges à restreindre leur contrôle. Toutefois, il serait erroné de trop lier la déférence au *Human Rights Act*. En tant que doctrine, elle a en effet été construite pour contrebalancer l'extension du contrôle juridictionnel, notamment provoquée par l'introduction de la proportionnalité[3740]. Plus intense, il risque de conduire à un contrôle des *merits* de la décision en permettant aux juges de peser et de mettre en balance des intérêts de nature contradictoire. Il est nécessaire d'y apposer des limites, à toutes les étapes de sa réalisation ; la déférence va donc porter tant sur la détermination de l'importance des éléments de l'affaire que sur

---

l'intensité de la *judicial* review, reposant en grande partie sur des considérations propres à la déférence : *The Scope and Intensity of Substantive Review. Traversing Taggart's Rainbow*, sous la dir. de H. Wilberg et M. Elliott, Hart Publishing, Oxford, 2015, 444 pages.

3739. La notion de « marge nationale d'appréciation » n'a pas été reprise en droit interne pour autant.
Lord Irvine of Lairg, « The Impact of the Human Rights Act : Parliament, the Courts and the Executive », *PL* 2003, pp. 308-325 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit*., pp. 617-618 ; BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, *op. cit.*, pp. 178-201 ; FENWICK (H.), *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 225-246.
Pour une critique de l'utilisation de la déférence dans le cadre du *Human Rights Act*, surtout en ce qu'elle découle de la notion de « marge nationale d'appréciation » : LEIGH (I.) et LUSTGARTEN (L.), « Making Rights Real : the Courts, Remedies, and the Human Rights Act », *CLJ* 1999, pp. 509-545, voir pp. 514-517.

3740. FELDMAN (D.), « Proportionality and the Human Rights Act 1998 », pp. 117-144 in *The Principle of proportionality in the Laws of Europe*, sous la dir. de E. Ellis, *op. cit.* ; LEIGH (I.), « The standard of judicial review after the Human Rights Act », pp. 174-205 et KEENE (D.), « Principles of deference under the Human Righs Act », pp. 206-212 in *Judicial Reasoning Under the UK Human Right Act*, sous la dir. de H. Fenwick, G. Phillipson et R. Masterman, Cambridge University Press, Cambridge, 2007 ; PALMER (E.), *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, Hart Publishing, Oxford, 2009, ré-impression de 2007, 345 pages, p. 170 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 308-315 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 284-285 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit*., pp. 611-616.
Pour certains auteurs, la déférence diminue tellement le contrôle des juges qu'elle a rendu inutile l'introduction du *Human Rights Act* : EWING (K.D.), « The Futility of the Human Rights Act », *PL* 2004, 829-852 ; EWING (K.D.) et THAM (J.-C.), « The continuing futility of Human Rights Act », *PL* 2008, pp. 668-693.

leur mise en balance[3741]. Elle a un rapport étroit avec le pouvoir discrétionnaire, puisqu'elle permet de laisser une certaine marge de manœuvre à l'autorité décisionnaire. En somme, lorsqu'il y a déférence, il y a aussi un pouvoir discrétionnaire[3742]. Mais, en substance, ce qu'elle traduit de l'office des juges existait déjà dans la *judicial review*[3743]. D'ailleurs, c'était là la principale critique qui lui était faite : celle d'être un recours trop restreint, car limité à la censure du caractère irrationnel d'une décision. Le contrôle dit de *Wednesbury* constitue, en lui-même, le reflet des considérations irriguant aujourd'hui la déférence. En effet, elle a vocation à garantir la délimitation juste et claire des domaines de compétences respectifs entre les juges et les autres pouvoirs, à savoir l'exécutif et le Parlement. Entendue ainsi, elle est appelée à jouer dès lors que le contrôle juridictionnel s'étend. Pour établir cette répartition, les auteurs mettent en évidence deux acceptions différentes de la déférence (a.). Là encore, ces deux éléments ont été articulés grâce à l'émergence de la doctrine de la déférence, mais leur utilisation en jurisprudence est plus ancienne[3744]. Elle traduit une auto-limitation des juges, en quelques points semblables à ce que connaît la jurisprudence administrative française (b.).

a. La double acception de la doctrine de la déférence

Dans un premier sens, le moins contesté, les juges doivent faire preuve de déférence lorsque l'acte contrôlé a été pris par une autorité dont l'expertise se révèle meilleure que celle des cours. La doctrine parle de déférence institutionnelle (*institutional deference*)[3745]. Le terme « expertise » ne

3741. *Kennedy v. Charity Commission* [2014] UKSC 20, [54] (Lord Mance).
3742. ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 248-249.
3743. Voir par exemple : CRANSTON (R.), « Reviewing Judicial Review », pp. 45-80, voir pp. 78-80 in *Administrative Law and Government Action*, sous la dir. de G. Richardson et H. Genn, Clarendon, *op. cit*.
3744. *R. v. Secretary of State of the Environment, ex p. Nottingham County Council* [1986] AC 240. La décision ayant fait l'objet d'une résolution de la part de la Chambre des Communes, Lord Scarman considère que cela influe nécessairement sur la détermination de son caractère raisonnable (p. 247).
R. v. Secretary of State for the Environement, ex p. Hammersmith and Fulham LBC [1991] 1 AC 521 : une décision prise dans le domaine de la politique économique fait l'objet d'un contrôle particulièrement faible du caractère déraisonnable. Elle avait également fait l'objet d'une résolution par la Chambre des Communes.
On retrouve l'argument de la plus grande expertise de l'administration dans le jugement rendu par Thomas Bingham dans l'affaire *Smith*, à propos de l'exclusion des homosexuels de l'armée britannique : *R. v. Ministry of Defence, ex p. Smith* [1996] QB 517, p. 556.
PALMER (E.), *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, *op. cit.*, pp. 163-164 ; « Resource Allocation, Welfare Rights – Mapping the Boundaries of Judicial Control in Public Administrative Law », *OJLS* 2000, pp. 63-88, notamment pp. 74-76 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law,* 5e éd., *op. cit.*, pp. 266-267.
3745. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., pp. 548-549 ; JOWELL (J.), « Judicial Deference and Human Rights : A Question of Competence », pp. 67-81, voir p. 67 in *Law and Administration in Europe. Essays in Honour of Carol Harlow*, sous la dir. de P. Craig et R. Rawlings, *op. cit.* ; YOUNG (A.), « In Defence of Due Deference », *op. cit.*, pp. 565-566.
De façon plus révélatrice, Mark Elliott et Jason Varuhas parlent d'une déférence basée sur l'expertise (*expertise-based deference*) : ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law,* 5e éd., *op. cit.*, pp. 291-297.

doit pas être pris dans un sens restreint. Il peut s'agir d'une capacité plus grande de l'organe à appréhender la matière, car elle est composée de personnes ayant une qualification particulière. Mais, l'expertise peut aussi renvoyer à la procédure de décision. L'autorité sera alors dotée d'une connaissance plus grande que les juges, car elle aura pu récolter plus d'informations, notamment des avis. Cet argument porte tout naturellement lorsque l'affaire concerne une matière particulièrement technique, ou bien soumise à des évaluations de nature politique ou ayant des conséquences importantes. Ce sont donc plus particulièrement les décisions de natures financières, techniques, ou sociales qui sont en cause[3746]. Qualifiées de polycentriques, leur évaluation apparaît particulièrement impropre au contrôle juridictionnel[3747]. Une telle considération a un temps justifié que des décisions prises dans des domaines comme l'immigration, la sécurité nationale ou encore le domaine économique et social soient considérées comme injusticiables[3748]. Le développement de la protection des droits, sous l'effet notamment du *Human Rights Act*, a permis l'entrée du juge dans ces matières, tout en faisant preuve d'une certaine retenue. Les juges ne disposent pas des outils nécessaires pour évaluer précisément tous les éléments de l'affaire : enserrés dans une procédure de type accusatoire, ne permettant pas d'entendre tous les arguments, ou documents ni de prendre en compte tous les éléments affectés par la décision contrôlée, ils doivent accorder une certaine importante à l'avis de l'autorité décisionnaire[3749]. Il en va ainsi lorsqu'est prise la décision de ne pas autoriser le traitement d'une leucémie d'une enfant au motif qu'il serait trop coûteux, eu égard aux chances de réussite, et conduirait à diminuer les fonds de l'organisme de santé, ces derniers pouvant

3746. PALMER (E.), *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, *op. cit*, en particulier le Chapitre 5, intitulé « Judicial review : Deference, Resources and the Human Rights Act », pp. 151-196 ; « Resource Allocation, Welfare Rights – Mapping the Boundaries of Judicial Control in Public Administrative Law », *op. cit*.
Voir pour une affirmation claire en jurisprudence : *R. (on the application of ProLife Alliance) v. BBC* [2004] 1 AC 185, [76] (Lord Hoffmann).
3747. L'expression « décisions polycentriques » a été développé » par Lon Fuller : FULLER (L.), « The Forms and Limits of Adjudication », *Harvard Law Review* 1978-1979, pp. 353-409.
Pour une analyse : ALLISON (J.), « Fuller's Analysis of Polycentric Disputes and the Limits of Adjudication », *CLJ* 1994, pp. 367-383 ; « The procedural reason for judicial restraint », *PL* 1994, pp. 452-473 ; PALMER (E.), *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 152 et p. 168 ; JOWELL (J.), « The Legal Control of Administrative Discretion », *PL* 1973, pp. 178-220, notamment pp. 198-200 et pp. 213-215 ; KING (J.), « The Pervasiveness of Polycentricity », *PL* 2008, pp. 101-124.
3748. PALMER (E.), *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, *op. cit.,* pp. 151-196 ; KING (J.), « The Justiciability of Resource Allocation », *MLR* 2007, pp. 197-224 ; « The Pervasiveness of Polycentricity », *op. cit.* ; McGOLDRICK (D.), « The boundaries of justiciability », *ICLQ* 2010, pp. 981-1019 ; DALY (P.), « Justiciability and the « politcal question » doctrine », *PL* 2010, pp. 160-178 ; KAVANAGH (A.), « Defending Deference in public law and Constitutional Theory », *op. cit.*, pp. 240-243.
3749. CANE (P.), *An Introduction to Administrative Law*, 3e éd., Clarendon Press, Oxford, 1996, 401 pages, pp. 163-166 et p. 170.
Pour John Allison, le caractère accusatoire de la procédure distingue fortement le travail des juges anglais de celui du Conseil d'État. Grâce à une procédure plus inquisitoriale, le juge administratif français est plus apte à trancher les litiges de nature complexe, notamment ceux de nature polycentrique : ALLISON (J.W.F.), *A continental distinction in the common law. A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 270 pages, pp. 190-234

être affectés à d'autres cas[3750]. L'incompétence institutionnelle relative des juges les oblige donc à s'en remettre en partie aux éléments avancés par l'administration, faute de pouvoir eux-mêmes les évaluer entièrement[3751].

Récemment, cet argument a été utilisé par Lord Sumption pour justifier le recours à la déférence. Dans l'affaire *Rotherham Metropolitan Borough Council*, une *judicial review* avait été introduite contre la façon dont le Gouvernement avait réparti, entre différentes parties du territoire, diverses aides en provenance de l'Union européenne[3752]. En creux, était contesté le critère de répartition qui violait, selon la requête, le principe d'égalité. Considérant notamment qu'une telle question ne peut pas appeler de « bonne réponse », Lord Sumption relève que « le ministre devait faire une évaluation complexe d'un ensemble de critères se recoupant, chacun d'eux impliquant des évaluations difficiles et parfois techniques concernant la politique sociale et économique »[3753]. Cette analyse est confirmée par Lord Neuberger, au regard de trois éléments : la décision implique la répartition de ressources financières, le choix entre différentes politiques économique et sociale, ainsi qu'un éventail de solutions différentes, toutes potentiellement contestables[3754]. Ces deux jugements reflètent particulièrement bien la logique de la déférence institutionnelle. L'idée qu'il n'y a pas « une bonne réponse » est fondamentale. Elle renvoie à l'impossibilité pour les juges de contrôler les *merits* d'une décision, et de se substituer à l'administration ; leur rôle se limite à définir ce qui est légal, ni plus ni moins.

Dans un second sens, plus critiqué, la déférence est accordée à une autorité au nom de sa légitimité démocratique. La doctrine parle alors fréquemment de déférence constitutionnelle (*constitutional deference*)[3755]. Dans ce cas, les juges reconnaissent une marge d'appréciation à un

3750. *R. v. Cambridge DHA, ex p. B (No. 1)* [1995] 1 WLR 898.

3751. Néanmoins, si l'autorité décisionnaire disposant d'une meilleure compétence relative n'en fait pas usage en ne recueillant pas d'avis, ou en suivant une procédure rapide et peu formaliste, alors l'argument de la déférence ne jouera pas. C'est l'argument notamment développé par Lady Hale dans l'affaire *Keyu* pour justifier la remise en cause de la décision du ministre de ne pas ordonner d'enquête sur le meurtre de Malaisiens par des soldats britanniques : *R. (on the application of Keyu) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2015] UKSC 69, [312].
Voir en particulier : YOUNG (A.), « In Defence of Due Deference », *op. cit.*, pp. 568-574 ; « Deference, Dialogue and the Search for Legitimacy », *OJLS* 2010, pp. 815-831, notamment pp. 822-826 ; GEIRINGER (C.), « Process and Outcome in Judicial Review of Public Authority Compatibility with Human Rights : A Comparative Perspective », pp. 329-360 in *The Scope and Intensity of Substantive Review. Traversing Taggart's Rainbow*, sous la dir. de H. Wilberg et M. Elliott, *op. cit*.

3752. *R. (on the application of Rotherham Metropolitan Borough Council) v. Secretary of State Business, Innovation and Skills* [2015] UKSC 6.

3753. [22] et [23].

3754. [62].

3755. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., pp. 548-549 ; JOWELL (J.), « Judicial Deference and Human Rights : A Question of Competence », voir p. 67 in *Law and Administration in Europe. Essays in Honour of Carol Harlow*, sous la dir. de P. Craig et R. Rawlings, *op. cit.* ; YOUNG (A.), « In Defence of Due Deference », *op. cit.*, pp. 565-566.
ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law,* 5e éd., *op. cit.*, pp. 297-302 : les auteurs parlent de déférence basée sur la démocratie (*democracy-based deference*).

organe du fait de sa position constitutionnelle, résultant notamment de son élection (Parlement ou autorités locales) ou encore de sa responsabilité devant un organe démocratique (Gouvernement). Elle peut également jouer dans les relations entre les régions composant le Royaume-Uni[3756]. Cet argument prend place en particulier pour les questions politiquement sensibles, et ouvertes à un débat vif et non résolu. Dans l'affaire *Nicklinson*, déjà étudiée, les Lords ont préféré laisser le débat démocratique faire son œuvre quant à la nécessité de modifier la loi sur l'euthanasie, malgré les forts soupçons de contrariété avec la Convention européenne[3757]. Si l'argument de l'expertise reflète la plus faible capacité des juges, ceux-ci ne *pouvant* évaluer l'ensemble des éléments de l'affaire, la déférence constitutionnelle conduit à considérer qu'ils ne *doivent* pas évaluer la pertinence d'une décision. En doctrine, ce type de déférence fait l'objet d'une critique particulièrement acerbe par Jeffrey Jowell[3758]. L'auteur considère que le *Human Rights Act* donne une légitimité suffisante aux cours pour ne pas se voir opposer la légitimité démocratique des autres pouvoirs. En creux, c'est la vision substantielle de la démocratie défendue par l'auteur qui ressort de cette critique : la protection des droits, mission constitutionnelle des juges, fait tout autant partie d'un régime démocratique, que les décisions prises par des organes élus. Leur mise en balance avec les considérations d'intérêt public relève de la compétence constitutionnelle des cours, seulement limitées sur le plan technique et procédurale[3759]. Toutefois, ce versant de la déférence est également reconnu explicitement en jurisprudence.

L'exemple le plus patent ressort certainement du jugement rendu par Lord Sumption dans l'affaire *Carlile*[3760]. Elle portait sur la conformité de la décision du Gouvernement de refuser l'entrée

3756. *R. (on the application of A & B) v. Secretary of State for Health* [2017] UKSC 41. Le ministre de la Santé pouvait faire preuve de déférence envers la décision de l'Irlande du Nord, prise démocratiquement, d'interdire l'avortement non-thérapeutique, pour refuser à des Irlandaises de venir en Angleterre y recourir à titre gratuit. Elles pourront avoir accès aux soins, mais devront payer alors que cette opération est, en principe, gratuite.

3757. *R. (on the application of Nicklinson) v. Ministry of Justice* [2014] UKSC 38.

Voir *supra* sur cette affaire : Partie II, Titre I, Chapitre I, Section IV, II, B, 3.

3758. JOWELL (J.), *ibid.* ; « Judicial deference : servility, civility or institutional capacity ? », *PL* 2003, pp. 592-601 ; « What Decisions Should Judges Not Take? », pp. 129-136 in *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A Liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, *op. cit*.

Sans écarter totalement la déférence constitutionnelle, Alison Young privilégie en revanche la déférence institutionnelle : YOUNG (A.), « In Defence of Due Deference », *op. cit.* ; « Deference, Dialogue and the Search for Legitimacy », *OJLS* 2010, pp. 815-831.

Lord Steyn défend la vision promue par Jowell : Lord Steyn, « Deference : a tangled story », *op. cit.*, p. 359.

3759. *ibid*., p. 80.

L'idée se retrouve aussi chez David Keene qui, bien qu'admettant en partie la déférence constitutionnelle, relève que « l'inverse est vrai aussi : le Parlement doit respecter le rôle des juges » : KEENE (D.), « Principles of deference under the Human Rights Act », voir p. 207 in *Judicial Reasoning Under the UK Human Right Act*, sous la dir. de H. Fenwick, G. Phillipson et R. Masterman, *op. cit*.

Elle est aussi défendue par Murray Hunt : HUNT (M.), « Sovereignty's Blight : Why Contemporary Public Law Needs the Concept of 'Due Deference' », pp. 337-370, notamment pp. 349-354 in *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, sous la dir. de Nicholas Bamforth et Peter Leyland, *op. cit*.

3760. *R. (on the application of Carlile of Berriew QC) v. Secretary of State for the Home Department* [2014] UKSC 60. Pour un exemple antérieur : *R. (on the application of Alconbury Developments Ltd and Others) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, [69] – [70] (Lord Hoffmann).

d'une opposante iranienne à l'article 10 de la Convention européenne. Elle se fondait sur le risque d'une dégradation des relations avec l'Iran si elle était acceptée sur le territoire britannique. Lord Sumption note que le *Human Rights Act* n'a pas remis en cause l'organisation constitutionnelle traditionnelle du Royaume-Uni, ce qui le conduit à conclure qu'il existe des domaines dans lesquels les juges doivent opérer un contrôle, mais en respectant « les fonctions constitutionnelles des autorités décisionnaires responsables démocratiquement »[3761]. Pour Lady Hale, la mise en balance de l'intérêt public de la décision, ressortant de la nécessité d'entretenir de bonnes relations internationales, et le respect de la liberté d'expression, doit être opérée par les juges. Cette opération doit s'effectuer en admettant que le Gouvernement en est également responsable devant le Parlement, ce qui limite les juges dans leur appréciation[3762].

Lord Sumption a confirmé sa position dans l'affaire *Rotherham Metropolitan Borough Council*. Portant sur une décision nécessitant des arbitrages économiques, le contrôle juridictionnel doit tenir compte de la légitimité du ministre, dont la responsabilité peut être engagée devant le Parlement[3763]. On constate ainsi que la déférence constitutionnelle peut recouper la déférence institutionnelle, notamment pour les décisions comportant des éléments techniques et appelant à des conciliations porteuses d'une vision politique[3764]. Tout comme elle d'ailleurs, la déférence constitutionnelle joue avec plus de force lorsqu'il s'agit de contrôler une loi, plutôt que des règles adoptées par l'exécutif, qui ne font pas l'objet de débats particulièrement intenses au Parlement[3765]. Il faut donc que la légitimité démocratique soit pleinement justifiée pour conduire à rendre les juges plus déférents.

Également, dans l'affaire *Tameside*, le fait que la décision en cause était inscrite dans le programme politique du parti venant d'être élu au sein de l'autorité locale est un élément important expliquant la faiblesse du contrôle opéré : *Secretary of State for Education and Science v Tameside MBC* [1977] AC 1014.

3761. [28] – [29].

3762. [104] – [105].

Lord Kerr rend dans cette affaire un jugement dissident. Il admet qu'une certaine forme de déférence institutionnelle doit être reconnue, mais également qu'il appartient au rôle constitutionnel des cours de juger de la proportionnalité de la décision. Pour le Lord, celle prise en l'espèce ne l'est pas et est illégale ([48] – [82]).

3763. *R. (on the application of Rotherham Metropolitan Borough Council) v. Secretary of State Business, Innovation and Skills* [2015] UKSC 6, [22].

On la retrouve aussi exposée dans le discours qu'il a tenu lors de la vingt-septième édition de la conférence du Sultan Azlan Shah, du 20 novembre 2013, intitulé « The Limits of Law » (15 pages).

3764. Il en va également pour les questions de sécurité nationale, nécessairement techniques et politiques : *Secretary of State v. Rehman* [2001] UKHL 47, [62] (Lord Hoffmann).

3765. *Huang v. Secretary of State for the Home Department* [2007] UKHL 11, [17] (Lord Bingham).

b. La nature de la déférence : une doctrine originale inconnue du droit administratif français ?

Ces deux acceptions ne font pas que traduire, plus ou moins légitimement, les contraintes pesant sur le contrôle juridictionnel. Leur formulation révèle également que l'approche de la déférence est avant tout casuistique et contextuelle. Telle n'a pas toujours été le cas.

Les premières expressions en jurisprudence avaient tendance à user de la déférence d'une façon plus absolue. Elle conduisait alors les juges, non pas à rechercher si telle ou telle décision devait justifier une certaine déférence, mais si certaines « zones de jugement discrétionnaire » devaient être laissées à l'autorité décisionnaire[3766]. Qualifiée par Murray Hunt de « spatiale », cette approche conduisait les juges à abandonner *a priori* toute forme de contrôle intense au regard du seul domaine dans lequel avait été prise la décision[3767].

À l'inverse, l'auteur développe une conception appelée de la « déférence méritée » (*due deference*), aujourd'hui largement acceptée, basée sur une vision « non-spatiale » et profondément contextuelle[3768]. Pour Murray Hunt, l'autorité décisionnaire doit justifier que le juge fasse preuve de déférence envers elle. En somme, cela revient à supposer que le contrôle sera poussé, sauf élément contraire ressortant des différents éléments propres au cas qui est soumis à *judicial review*. La déférence doit constituer une marque de « respect »[3769]. La nature de la matière, l'expertise de l'autorité ou sa légitimité démocratique seront alors évaluées et prises en compte, *a posteriori*. Cette approche évite que la déférence ne devienne « soumission », en présumant la déférence au regard de tel ou tel domaine d'action[3770]. Aujourd'hui, les juges admettent qu'il leur revient de déterminer l'intensité du contrôle, au regard des facteurs de déférence, au cas par cas. En cela elle est une

3766. *R. v. Director of Public Prosecutions, ex p. Kebilene* [2000] 2 AC 326, p. 380 (Lord Hope) ; *International Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA 158 [77] (Laws J.).
3767. HUNT (M.), *ibid.*, voir pp. 345-349.
3768. *ibid*.
Voir : Lord Steyn, « Deference : a tangled story », *op. cit.* ; YOUNG (A.), « In Defence of Due Deference », *op. cit.* ; KAVANAGH (A.), « Defending Deference in Public Law and Constitutional Theory », *op. cit.* ; KING (J.), « Institutional Approaches to Judicial Restraint », *OJLS* 2008, pp. 409-441 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 286-288.
3769. YOUNG (A.), « In Defence of Due Deference », *op. cit*. Tel est le modèle de déférence défendu par l'auteur dans cet article. Le modèle du « respect » consiste à présumer le contrôle des juges, auquel s'intègre des éléments, surtout institutionnels, de déférence.
Voir également : HUNT (M.), « Sovereignty's Blight : Why Contemporary Public Law Needs the Convept of 'Due Deference' », voir pp. 352-353 in *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, sous la dir. de N. Bamforth et P. Leyland, *op. cit*.
3770. Tel était le cas auparavant, dans le domaine des prestations financières ou encore dans le domaine de la sécurité nationale, conduisant souvent au constat du caractère non-justiciable des décisions prises.
DYZENHAUS (D.), « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », pp. 279-307, voir p. 286 in *The Province of Administrative Law*, sous la dir. de M. Taggart, *op. cit.* : l'auteur est le premier à avoir distingué la déférence comme « respect » de la déférence comme « soumission ».
Voir également : YOUNG (A.), « In Defence of Due Deference », *op. cit.*, pp. 560-564.
Jeffrey Jowell critique la déférence constitutionnelle également sur ce fondement, en affirmant qu'elle mène nécessairement à une forme de soumission puisqu'elle est appelée à jouer fréquemment : JOWELL (J.), « Judicial Deference and Human Rights : A Question of Competence », *op. cit.*, p. 73.

doctrine fondée sur la relativité de la compétence des juges. Cette dernière n'est pas absolue ou inhérente à la fonction des cours. Seulement, leur compétence est jugée, pour un cas, plus faible que celle de l'autorité décisionnaire.

L'affaire *A. v. Secretary of State for the Home Department* en constitue le meilleur exemple[3771]. Elle concernait la législation anti-terroriste adoptée suite aux attentats du 11 septembre 2001 qui prévoyait la possibilité pour le ministre de l'Intérieur de décider de mettre en détention toute personne étrangère suspectée de terrorisme. Le Gouvernement britannique avait souhaité actionner le mécanisme de l'article 15 de la Convention européenne, l'autorisant à déroger à ses exigences sous deux conditions : en cas de « danger public » et « dans la stricte mesure où la situation l'exige ». Quant à la première condition, Lord Bingham reconnaît, dans son jugement, l'expertise particulière du Gouvernement, et admet de déférer à sa décision au nom de la « compétence institutionnelle relative » de celui-ci ; de façon similaire, Lord Hope émet des doutes sur l'existence d'un « danger public » au sens de l'article 15, le danger d'attaques terroristes étant considéré comme difficile à évaluer en l'absence d'une véritable matérialisation, mais admet devoir faire preuve de déférence ; de même, bien que non convaincu, Lord Scott est prêt à laisser « le bénéficie du doute » au ministre[3772]. Sur la seconde condition, en revanche, l'expertise du Gouvernement étant moins forte, les juges adoptent une position plus tranchée. Notamment, la liberté des individus étant en cause, le contrôle se devait d'être plus important, laissant moins de marge de manœuvre au ministre[3773]. La volonté de déroger à l'article 15 avec la loi de 2001 est considérée comme excessive, car permettant la détention d'individus, sans procès, et sans limites de temps. La loi sera alors contrôlée et déclarée incompatible avec la Convention européenne. En somme, une même affaire peut faire l'objet de deux niveaux différents de déférence. Quel que soit ce niveau, les juges ne rejettent pas tout contrôle. Si certains d'entre eux ont critiqué, non pas la logique, mais l'utilisation même du terme de déférence, il reste encore largement utilisé dans les jugements et en doctrine[3774].

En tant que « doctrine », la déférence n'a pas d'équivalent en droit français[3775]. D'un point de vue doctrinal, tout d'abord, et mise à part une œuvre comparative récente, il n'y a pas de recherche particulière d'une systématisation des facteurs influençant l'intensité du contrôle du Conseil d'État,

3771. *A. v. Secretary of State for the Home Department* [2005] 2 AC 68.
3772. Respectivement : [29] ; [119] ; [154].
3773. [81] (Lord Nicholls).
3774. À cause de son possible rapprochement avec l'idée que les juges se soumettent, plus qu'ils ne respectent, l'administration. Pour une telle critique : *R. (on the application of ProLife Alliance) v. BBC* [2004] 1 AC 185, [75] – [76] (Lord Hoffmann) ; *Huang v. Secretary of State for the Home Department* [2007] UKHL 11, [16] (Lord Bingham).
3775. BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, *op. cit*, pp. 194-195.

similaire à l'œuvre doctrinale anglaise sur ce point[3776]. Le constat d'un contrôle plus restreint sur certaines questions techniques ou politiques se fait de façon plus sectoriel[3777]. De même, en jurisprudence, les expressions relevées plus haut ne peuvent s'assimiler à une « doctrine » de la déférence. La pratique développée au sein du recours pour excès de pouvoir nous semble plus proche de celle défendue en Angleterre par Trevor Allan[3778].

Pour Trevor Allan, la déférence comme doctrine conduit à apprécier les facteurs conduisant à laisser un certain pouvoir d'appréciation à l'administration après avoir déterminé la légalité de la décision. Il y aurait ainsi deux étapes : dans la première, les juges décideraient de la régularité juridique de l'activité en cause ; puis dans un second temps, ils prendraient en compte l'expertise ou la légitimité de l'autorité décisionnaire[3779]. Jouant donc *a posteriori*, et non au sein, du contrôle de légalité, la déférence comme doctrine conduirait à cette proposition insoutenable : la décision est illégale, mais du fait de l'expertise de l'autorité, elle doit être considérée comme valide. En somme, la déférence limite la compétence des juges à contrôler la légalité de l'acte[3780]. Conçue ainsi, elle est nécessairement spatiale[3781]. Pour éviter cela, la déférence doit s'intégrer dans le contrôle de légalité ; les juges n'opèrent ainsi qu'en une seule étape, de façon casuistique[3782]. Si le point de vue de Trevor Allan est contesté en doctrine, en lui-même tout autant que quant à son appréciation de la doctrine de la « déférence méritée », elle nous paraît refléter ce qui différencie ici fondamentalement le contrôle du juge administratif français et du juge anglais[3783].

3776. JORDAO (E.), *Le juge et l'administration. Entre le contrôle et la déférence*, Bruylant, Bruxelles, 2016, 618 pages.

3777. De SOTO (J.), « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », *EDCE* 1952, pp. 64-78 ; NOGUELLOU (R.), « L'office du juge de la régulation économique », *RDP* 2014, pp. 329-339.

3778. ALLAN (T.R.S.), « Human rights and judicial review : a critique of « due deference » », *CLJ* 2006, pp. 671-695 ; « Judicial deference and judicial review : legal doctrine and legal theory », *LQR* 2011, pp. 96-117.

Pour le professeur, une telle construction a deux conséquences possibles également condamnables : soit elle est inutile, car elle ne fait qu'affirmer ce qui est inhérent au contrôle de l'administration, c'est-à-dire la prise en compte de facteurs, au cas par cas, s'inscrivant dans la détermination de la légalité de l'action ; soit elle est dangereuse, car elle conduit à faire jouer une seconde fois ces mêmes facteurs, à la suite du contrôle de légalité.

3779. La structuration en deux étapes est explicitement défendue par Aileen Kavanagh : KAVANAGH (A.), « Defending Deference in public law and Constitutional Theory », *op. cit.*, pp. 229-232.

3780. Trevor Allan voit dans la déférence à deux étapes une forme de « soumission » des juges : « Human rights and judicial review : a critique of « due deference » », *op. cit.*, pp. 673-676.

C'est sous cet angle que Lord Bingham la rejette dans l'affaire *Huang v. Secretary of State for the Home Department* ([2007] UKHL 11). Voir les explications éclairantes d'Alison Young (« In Defence of Due Deference », *op. cit.*, 571-574) et de Trevor Allan (« Judicial deference and judicial review : legal doctrine and legal theory », *op. cit.*, pp. 100-101).

3781. ALLAN (T.R.S.), « Human rights and judicial review : a critique of « due deference » », *op. cit.*, pp. 687-693.

3782. *idem*. ; « Judicial deference and judicial review : legal doctrine and legal theory », *op. cit*., p. 99 et p. 109.

3783. Murray Hunt, Aileen Kavanagh ou encore Alison Young se font les défenseurs d'une telle doctrine, mais excluent que les facteurs jouent deux fois. Leur recherche est avant tout basée sur une volonté de les rendre apparents et donc de permettre d'avoir un contrôle juridictionnel plus transparent : HUNT (M.), « Sovereignty's Blight : Why Contemporary Public Law Needs the Convept of 'Due Deference' », op.cit. in *Public Law in a Multi-Layered Constitution,* sous la dir. de N. Bamforth et P. Leyland, *op. cit.* ; KAVANAGH (A.), « Defending Deference in Public Law and Constitutional Theory », *op. cit.* ; YOUNG (A.), « In Defence of Due Deference », *op. cit.*

Ce point de vue est soutenu par Paul Craig : CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit*., pp. 621-623 et pp. 627-628.

L'édification d'une doctrine de la déférence en Angleterre est le signe d'une plus grande prise en compte doctrinale et jurisprudentielle des limites inhérentes au rôle des juges. Une réflexion à part entière sur ce sujet dénote la tension, au sein de l'ordre juridique anglais, provoquée par l'extension du contrôle juridictionnel. Ce mouvement s'oppose au respect des compétences de l'administration, et à la souveraineté du Parlement. À l'inverse, en France, si l'on comprend la déférence comme une forme de souplesse jouant au profit de l'administration, alors celle-ci existe bien, non en elle-même, mais comme facteur du contrôle de légalité. En cela, l'idée que Trevor Allan défend de la déférence correspond bien plus à ce qui existe à Paris qu'à Londres. Cela n'empêche pas certains auteurs de constater que le juge administratif français est moins enclin à contrôler les décisions administratives dans les domaines économique, technique ou encore politique[3784]. Récemment, Vincent Daumas, dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Numéricable*, portant sur l'ouverture du recours pour excès de pouvoir aux actes de droit souple pris par certaines autorités de régulations, relevait : « […] vous devez veiller à maintenir une distance entre votre mission juridictionnelle et celles imparties aux autorités de régulation contrôlées. Plus que dans toute autre matière, il faut se garder de la tentation d'être un juge-administrateur – en l'occurrence un juge-régulateur. Vous n'êtes pas doté des mêmes outils que ceux dont disposent ces autorités. Vous ne possédez pas les mêmes compétences que celles de leurs services »[3785]. Il y a ici une expression claire d'une forme de déférence institutionnelle justifiant, selon le magistrat administratif, que le juge ne se substitue pas à l'appréciation d'autorités plus expertes que lui.

Mais, il ne faut pas non plus trop se centrer sur la déférence. Son champ est en fait assez restreint, puisqu'elle ne joue que sur l'intensité du contrôle. Toutefois, elle traduit l'intérêt des juges pour une considération plus large : le respect de la « bonne administration ».

2. Une notion trop restreinte pour s'appliquer à tous les éléments de la *judicial review*

Le champ d'étude de la déférence nous semble en deux points trop restreint. Nous l'avons dit, elle n'est évoquée que dans les considérations portant sur l'intensité du contrôle des juges. À un autre niveau, elle apparaît trop restreinte : dans les explications la justifiant. La mise en évidence des deux acceptions de la déférence, et la tentative d'éclairage apportée sur les facteurs les composant, ne vont pas assez loin. En effet, une idée apparaît derrière toutes les considérations

Pour une réponse, voir : ALLAN (T.R.S.), « Judicial deference and judicial review : legal doctrine and legal theory », *op. cit*.

3784. MESTRE (A.), *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration. (Études sur le recours pour excès de pouvoir)*, LGDJ, Paris, 1974, 312 pages, pp. 85-117.

3785. CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable,* rec. 88 ; *RFDA* 2016, pp. 506-518, concl. Daumas, voir p. 509.

doctrinales et jurisprudentielles sur le sujet, qui n'est pourtant pas assez mise en avant : celle de la prise en compte des nécessités et contraintes pesant sur l'action administrative. *In fine*, c'est à cela que se ramènent, sans forcément l'admettre explicitement, les considérations sur la déférence (a.). D'ailleurs, la jurisprudence fait parfois une mention expresse de cette prise en compte des nécessités de l'action administrative (b.).

a. Les « nécessités de l'action administrative » : une notion englobante plus précise

Dans sa dimension institutionnelle, elle s'appuie sur l'expertise plus importante de l'autorité décisionnaire. En s'en remettant ainsi à elle, les juges évitent à la fois d'empiéter sur son pouvoir d'appréciation, mais également d'entraver son action en prenant des décisions reposant sur des considérations trop éloignées des réalités administratives. Il en va de même dans la dimension constitutionnelle de la déférence. Les juges gardent une certaine distance vis-à-vis de la décision, car sa remise en cause pourrait avoir des conséquences difficiles à évaluer politiquement. En somme, la déférence laisse la responsabilité technique et politique d'une décision, et de ses conséquences, être supportée en premier lieu par son auteur. *A contrario*, cela signifie que les juges refusent cette responsabilité, qu'ils ne sentent pas légitime à endosser.

L'idée d'une prise en compte des nécessités de l'action administrative semble apparaître notamment chez Paul Daly[3786]. Pour l'auteur, le droit administratif est avant tout composé, et est vecteur, de certaines valeurs. Il en liste quatre : la démocratie, la *rule of law*, la séparation des pouvoirs et la bonne administration (*good administration*). Quant aux trois premières, elles ont irrigué l'ensemble de nos développements jusque-là. Concernant la quatrième, Paul Daly note : « d'un point de vue général, les principes de bonne administration peuvent être réunis sous le terme d' « efficacité ». Les décisions doivent être raisonnables, en ce qu'elles peuvent réaliser les buts dans lesquels elles sont prises ; les règles doivent être suivies, mais modifiables si nécessaire ; et autant les décisions que les règles doivent être transparentes et capables d'être suivies. La valeur des principes de bonne administration se retrouve donc dans l'élaboration et l'exécution efficaces des règles »[3787].

3786. DALY (P.), « Administrative Law : A Values-based Approach », pp. 23-44 in *Public Law Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell, M. Elliott, J.NE.Varuhas et P. Murray, Hart Publishing, Oxford, 2016 ; « Administrative Law : Characteristics, Legitimacy, Unity », *Legal Studies Research Paper Series*, 2016, 23 pages.
3787. *ibid*., pp. 27-28.
Pour une idée similaire, voir : COTTERRELL (R.), « Judicial review and Legal Theory », pp.13-34, voir p. 31 in

L'expression de bonne administration est présente chez d'autres auteurs, notamment Mark Elliott, mais dans un sens qui pourrait sembler différent puisqu'elle renvoie alors aux cas d'ouverture de la *judicial review*[3788]. Dans le sens promu par Paul Daly, elle est liée au « bien commun » (*common good*) car « il est impossible de savoir ce qu'est le bien commun sans prendre en compte l'efficacité d'une règle ou d'une décision du gouvernement. Par définition, une décision illogique ou déraisonnable ne peut pas servir le bien commun ou un but d'intérêt public légitime »[3789]. Prise en ce sens, la bonne administration se trouve particulièrement liée au contrôle juridictionnel, dans des termes en fait proches de ceux de Mark Elliott. En s'assurant de la régularité de la décision administrative au regard du droit, *via* les cas d'ouverture de la *judicial review*, les juges veillent à ce qu'elle réalise le bien commun, ou dit autrement, l'intérêt général. Leur rôle dans la définition du droit, et de ses principes, peut constituer aide précieuse pour l'administration[3790]. Ils participent ainsi, en partie, et certes de manière indirecte, à la bonne réalisation des missions administratives.

L'expression de « bonne administration » telle que définie par Paul Daly a un rapport étroit avec le standard de bonne administration étudiée plus haut ; il est porteur de la recherche d'une certaine qualité, permettant la promotion de son efficacité. Malgré cela, l'étude de l'auteur permet de mettre en évidence que les entraves à l'action administrative ne sont pas toujours les bienvenues. Ainsi, il relève que la bonne administration peut s'opposer à la mise en place d'un trop grand nombre de procédures lors de la prise de décision, ou encore à un accroissement trop important de la motivation des décisions[3791]. De telles évolutions nuiraient à la rapidité et augmenteraient les coûts de l'action administrative.

À cet égard, la déférence joue un rôle central : elle garantit à l'administration une marge de liberté dans la définition des moyens appropriés à la réalisation de sa mission. La seule dimension juridique d'une action ne permet pas de remplir à coup sûr cette tâche. Paul Daly reconnaît alors que la déférence institutionnelle est liée à la bonne administration, car elle conduit les juges à donner plus de poids à l'expertise de l'autorité décisionnaire, permettant d'assurer une meilleure efficacité à

Administrative Law and Government Action, sous la dir. de G. Richardson et H. Genn, *op. cit.*

3788. ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations for Judicial Review*, *op. cit*, p. 110 et p. 120 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law. Text and Materials*, 5e éd., *op. cit*., p. 1.
Voir également : GALLIGAN (D.J.), « Judicial Review and the Texbook Writers », *OJLS* 1982, pp. 257-276 notamment pp. 261-263 ; OLIVER (D.), « Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review ? », pp. 3-27 in *Judical Review and the Constitution*, sous la dir. de C. Forsyth, *op. cit.*

3789. *ibid*., p. 29.

3790. Voir, en ce sens : FELDMAN (D.), « Judicial Review : A Way of Controlling Government ? », *Public Administration* 1988, pp. 21-34.

3791. DALY (P.), « Administrative Law : A Values-based Approach », voir p. 34 in *Public Law Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell et al., *op. cit.*

son action[3792]. La déférence constitutionnelle quant à elle se justifie plus particulièrement par le recours à la valeur de démocratie[3793]. Elle se trouve ainsi exclue, à raison, de l'idée de bonne administration. Les considérations de pure politique, évidemment présentes dans les activités administratives, n'ont pas d'intérêt dans la prise en compte des nécessités qui lui sont propres. Ces dernières ont avant tout rapport à la confection des moyens d'action, et à leur capacité à remplir le but assigné.

Il nous semble donc utile ici de parler de la bonne administration non pas exactement dans le sens défendu par l'auteur, similaire à celui du standard, mais dans une acception plus pratique et technique, relative à l'efficacité même de l'action publique. Il ne nous apparaît pas pertinent de lier sous une même valeur, deux facettes contradictoires, et qui peuvent, dans une même affaire, s'opposer : la légalité et l'efficacité de l'activité administrative. La première est en fait plus transcendantale. Elle se trouve plutôt liée à la *rule of law*[3794]. Mais, elle peut aussi se justifier dans le cadre de la séparation des pouvoirs. La légalité peut encore être mise en relation avec la démocratie en assurant le respect de la volonté du Parlement. La valeur de bonne administration, restreinte à la prise en compte de la nécessité de l'efficacité administrative, permet, dans certains cas, d'éviter une application trop rigoureuse du principe de légalité. Contrairement à ce que peut affirmer Timothy Endicott, il n'y a pas une opposition systématique entre ces deux éléments[3795]. La première participe aussi, dans la plupart des cas, de la définition du second, et en module les conditions et les effets.

Entendue ainsi, la valeur de bonne administration est d'une application plus large que la seule déférence, tout en n'englobant qu'une seule de ses dimensions. En effet, elle ne concerne pas uniquement l'intensité du contrôle, mais également le niveau des contraintes juridiques pesant sur l'administration. Paul Daly la fait également jouer sur les conséquences des décisions des juges ou sur la rigueur des obligations jurisprudentielles, thèmes sur lesquels nous reviendrons[3796]. Son analyse confirme celle déjà élaborée presque une vingtaine d'années auparavant par David Feldman, pour qui une partie des juges a tendance à protéger l'efficacité administrative, non pas uniquement dans l'intensité du contrôle[3797].

Les décisions de justice anciennes tendent à montrer qu'une telle prise en compte n'est pas

3792. *ibid*., p. 37.
3793. *idem*.
3794. Voir *supra*, sur la *rule of law* et son lien avec la *judicial review* : Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I, II.
3795. ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, p. 249 : « lorsque les cours appliquent le principe de légalité, elle élabore un standard restreignant le pouvoir discrétionnaire de l'autorité. Lorsque les cours font preuve de déférence, elles décident de ne pas agir ainsi ».
3796. DALY (P.), « Administrative Law : A Values-based Approach », voir pp. 38-39 in *Public Law Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell et al., *op. cit.* ; « Administrative Law : Characteristics, Legitimacy, Unity », *op. cit.*, p. 8.
3797. FELDMAN (D.), « Public law values in the House of Lords », *LQR* 1990, pp. 246-276.

nouvelle. Ainsi, dans l'affaire *R. v. Halliday*, la Chambre des Lords a reconnu légal l'acte réglementaire pris durant la Première Guerre mondiale par un ministre et visant à autoriser la détention administrative d'individus britanniques de naissance allemande[3798]. Les juges adoptent une interprétation large de la loi ayant servi de fondement à l'acte en cause, notamment car elle a été adoptée « à une époque de danger impérieux pour la nation », dès lors « la restriction ainsi imposée est une mesure de précaution nécessaire, et, dans l'intérêt de l'ensemble de la nation un tel acte peut être considéré comme utile dans les cas appropriés »[3799]. L'interprétation large de la loi repose sur un élément notamment : « il apparaît nécessaire durant une période de grand péril de conférer de larges pouvoirs à Sa Majesté en Conseil »[3800]. La possibilité de mettre en détention des individus susceptibles d'aider l'ennemi fait partie de ces pouvoirs nécessaires[3801]. Les circonstances peuvent ainsi largement influencer sur la détermination de la légalité d'un acte, afin d'éviter de trop lier l'administration quand sa liberté apparaît nécessaire. Si de tels événements ont un caractère exceptionnel, la logique qui préside à leur prise en compte existe aujourd'hui encore.

b. La prise en compte parfois expresse en jurisprudence

L'expression même de « bonne administration » n'est pas inconnue des juges. On la retrouve dans certaines décisions emblématiques. Lord Diplock y fait appel dans son jugement délivré dans le cadre de l'affaire *O'Reilly v. Mackman*[3802]. Afin de justifier le caractère exclusif de la *judicial review* pour les litiges de nature administrative, il relève que « l'intérêt public ressortant de la bonne administration nécessite que les autorités publiques et les tiers ne soient pas suspendus à la détermination de la validité de la décision que l'autorité a prise dans l'exercice de son pouvoir au-delà de ce qui est absolument nécessaire pour assurer le respect de la personne concernée par la décision en cause »[3803]. La réforme de la procédure de *judicial review* inaugurée en 1977, ayant permis la mise en place de certaines limites à l'introduction du recours dans le but est d'assurer la bonne administration, il est nécessaire pour Lord Diplock de la rendre exclusive. Cela permet

3798. *R. v. Halliday* [1917] AC 260.
Voir sur la question des pouvoirs de l'exécutif anglais durant la Première Guerre mondiale, et notamment sur la portée de cette affaire : JEZE (G.), « L'exécutif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs », *RDP* 1917, pp. 4-43 et pp. 433-442. Les jugements rendus sur ce cas sont reproduits et traduits également à la *RDP*, pp. 554-594.
3799. *ibid*., p. 270 (Lord Finlay).
3800. *ibid*., p. 268.
3801. *ibid*., p. 271.
3802. *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237.
3803. *ibid*., pp. 280-281.
Voir également : SUNKIN (M.) et LE SUEUR (A.P.), « Applications for judicial review : the requirement of leave », *PL* 1992, pp. 102-129.

notamment de rendre des décisions de justice plus rapides, permettant d'assurer une meilleure stabilité des relations juridiques, profitable à l'action administrative[3804]. Dans l'affaire *Runa Begum*, Lord Hoffman a expressément reconnu que les cas d'ouverture de la *judicial review* devaient permettre le contrôle de l'administration, tout en prenant en compte « la responsabilité démocratique, l'efficacité administrative et la souveraineté du Parlement »[3805]. Lord Millet reconnaît dans la même affaire qu'il faut prendre en compte « l'efficacité administrative » lorsque les juges fixent les contraintes procédurales pesant sur l'administration[3806]. Une idée similaire a été exposée récemment par Lord Bingham[3807].

La prise en compte la plus claire semble ressortir de la décision de Sir John Donaldson MR dans l'affaire *Argyll Group Plc*[3808]. En concluant son discours, le juge posait la question de la nécessité d'octroyer un *remedy* alors que l'erreur commise par la Commission des Fusions et Acquisitions était relativement faible. Pour arriver à une décision de refus, il relève notamment qu'en ayant à connaître d'une telle affaire, « nous devons remplir nos obligations en ayant à l'esprit les besoins de l'administration publique ». Le juge en vient à lister cinq de ces besoins, de façon non exhaustive : l'administration s'intéresse plus au fond qu'à la forme, ce qui revient à dire qu'il n'est pas forcément nécessaire de remettre en cause une décision viciée si elle avait été en substance la même sans cette erreur ; la rapidité est un élément important, pouvant rendre inutile une décision de justice trop tardive, et retardant d'autant l'action publique ; l'évaluation de l'intérêt public est au cœur de cette action, et appartient en premier lieu aux organes administratifs ; il est nécessaire de prendre en compte les intérêts légitimes des individus, mais dans le cadre des buts promus par l'action publique ; cette dernière a également besoin de stabilité, et de pouvoir s'appuyer sur des décisions antérieures sûres.

Ce que traduit la prise en compte de la « bonne administration » dans ces affaires c'est l'évaluation des effets négatifs que peut avoir une décision de *judicial review* sur l'action administrative. Le but est de ne pas entraver excessivement le déroulement de l'action publique. Si l'expression « bonne administration » se retrouve assez peu en jurisprudence, sa substance est, elle, bien présente.

3804. *ibid*., p. 284.
3805. *Runa Begum v. Tower Hamlets London Borough Council* [2003] UKHL 5, notamment [35].
3806. *ibid*. [86] et [94].
Paul Craig note ainsi que : « les cours vont, en général, opérer une balance entre la nature des intérêts individuels, les possibles gains découlant d'une augmentation des droits procéduraux, et les coûts que cela fait implique de les respecter pour l'administration » : « Theory and Values in Public Law : A Response », pp. 23-46, p. 37 in *Law and Administration in Europe. Essays in Honour of Carol Harlow*, sous la dir. de P. Craig et R. Rawlings, *op. cit.*
3807. *Huang v. Secretary of State for the Home Department* [2007] UKHL 11, [16].
3808. *R. v. Monopolies and Mergers Commission, ex p. Argyll Group Plc* [1986] 1 WLR 763, pp. 774-775.

II. La mise en balance, fondement révélant le pragmatisme des juges

L'utilisation de ces notions, en droit français et anglais, n'a pas vocation à produire un renouvellement conceptuel de l'office des juges. Bien au contraire, le but est beaucoup plus limité. Elle décrit un état commun au recours pour excès de pouvoir et à la *judicial review*. La spécificité de l'office des juges français et anglais à travers ces deux recours réside ici, dans la prise en compte de l'action administrative. Elle permet de mettre en lumière la complexité du travail réalisé dans chaque litige. Afin de parvenir à des décisions porteuses d'une certaine forme de conciliation, les juges mettent en balance les différents éléments d'une affaire. Par le biais de cette méthode, ils peuvent remplir une mission d'importance constitutionnelle irriguée par la recherche d'un certain équilibre (A.). Si leur rôle est ainsi légitimé, il est également parfaitement décrit par l'image de la mise en balance : celle-ci, largement dépendante du contexte dans lequel elle est effectuée, reflète alors la casuistique et le pragmatisme des juges, plus en quête d'une bonne solution, que de la seule possible (B.).

A. La mise en balance, une méthode légitime

Plus qu'une méthode, la mise en balance traduit l'essence de l'office des juges au sein du droit administratif. Elle est ce qui en représente le mieux la substance et la philosophie. Il est alors nécessaire de reconnaître que c'est par son biais que les juges tranchent les litiges qu'ils ont à connaître (1.), révélant la complexité de leur rôle, qui n'est pas tourné dans une seule direction, mais s'inscrit dans un contexte multipolaire. En réévaluant donc la mission des juges à la lumière de ces considérations, il est possible d'affirmer la légitimité actuelle du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* (2.).

1. Une méthode inhérente au droit administratif

Dire que la balance reflète l'image de la justice relève du truisme. En effet, « la Justice a toujours évoqué des idées d'égalité, de proportion, de compensation ; elle est, au demeurant, symbolisée par la balance »[3809]. Déjà Aristote faisait de la justice la recherche d'un juste milieu ; il

3809. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 327.
De même, voir : WINSDALE (W.J.), « Adjudication and the balancing metaphor », pp. 403-407 in *Le Raisonnement*

appartient alors au juge de trancher en deux afin de rétablir une égalité arithmétique[3810]. Mais, il est pourtant des évidences qu'il n'est jamais inutile de rappeler, et celle-ci en fait partie. La recherche d'une balance est une constante dans les systèmes juridiques européens. René David affirmait ainsi en 1963 : « notre conception du droit vise à combiner dans une idée de justice des considérations, tirées de la morale et de l'équité, et des considérations d'utilité sociale et d'efficacité matérielle »[3811]. Par cette combinaison, les juges peuvent concilier des éléments différents, voire contradictoires.

Le rôle des juges français et anglais peut ainsi se résumer : leur mission première est de veiller au respect de la légalité. Cela peut impliquer de contrôler uniquement un acte au regard d'une norme supérieure, sans autres éléments particuliers : tel est le cas des textes fixant la compétence d'une autorité publique. Dans ce cas, l'office des juges se fait particulièrement abstrait et général. Mais, dans d'autres situations, l'individu est impliqué plus concrètement. Ici, ces droits peuvent être en cause. Ce phénomène conduit les juges à s'orienter vers un contrôle plus poussé de l'action administrative. Ils se font alors les défenseurs des droits : c'est ce que traduit l'idée de « subjectivisation » en droit administratif français et l'approche « basée sur les droits » du droit administratif anglais. Mais, les développements précédents complexifient le tableau, et limitent, selon nous, toute approche trop subjectiviste du droit administratif.

Que les droits fassent l'objet d'attentions particulières, cela ne fait aucun doute et ne nous paraît pas critiquable. Toutefois, la doctrine ne doit pas occulter l'autre versant du droit administratif : l'existence et la prise en compte des pouvoirs particuliers de l'administration, octroyés afin de permettre la réalisation de l'intérêt général. Il est inhérent au droit administratif, tant en France qu'en Angleterre : c'est ce qui permet de considérer qu'il offre une « majoration » à l'administration, ou encore qu'il constitue un « feu vert » pour son action.

Le rôle des juges des deux côtés de la Manche est en substance relativement similaire : il

---

Juridique, Legal Reasoning, Die Juridische Argumentation, Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, sous la dir. de H. Hubien, Bruylant, Bruxelles, 1971 ; ROBERT (C.N.), « Naissance d'une image : la balance de l'équité », *Justices* n°9 1998, pp. 53-64 ; PORAT (I.), « The dual model of balancing : a model for the proper scope of balancing in constitutional law », *Cardozo Law Review* 2006, pp. 1393-1448 ; KAHN (P.W.), « The Court, the Community and the Judicial Balance : the Jurisprudence of Justice Powell », *Yale Law Journal* 1987, pp. 1-59 ; COFFIN (F.N.), « Judicial Balancing : the Protean Scales of Justice », *New York University Law Review* 1988, pp. 16-42.

Voir également pour une étude très détaillée et illustrée de la représentation de la justice à l'aide de la balance : RESNIK (J.) et CURTIS (D.E.), « Images of Justice », *Yale Law School*, 1987, pp. 1727-1772.

3810. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Flammarion, Paris, 2004, 560 pages, pp. 237-245.

Sur les différentes conceptions de la justice possibles : DOWRICK (F.E.), *Justice according to the English Common Lawyers*, Butterworths, Londres, 1961, 251 pages. L'auteur distingue les conceptions pratique, équitable, procédurale, morale, utilitariste, sociale et juridique. Aucune ne prend vraiment le pas, toutes peuvent se retrouver, à différents niveaux et degrés chez les juges. Notre préférence va toutefois à la conception sociale en ce qu'elle se base sur une mise en balance des intérêts afin d'adapter le droit à son environnement (*ibid*., pp. 137-175).

3811. DAVID (R.), « Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains », *Archives de Philosophie du Droit* 1963, pp. 3-20, p. 19.

s'agit de faire respecter le droit, protéger les individus, notamment leurs droits, tout en prenant en compte les nécessités de l'action administrative. Ces trois éléments sont donc mis en balance, dans chaque affaire. Ainsi, si l'administration viole de façon particulièrement claire un élément de droit, le juge sera d'autant plus enclin à reconnaître l'illégalité et annuler l'acte, si aucun droit acquis au profit de l'individu n'est en cause, et que l'effet sur l'administration est faible. Les combinaisons de ces éléments sont multiples et dépendent dans chaque cas de l'importance de chacun des facteurs, ainsi que de leur position dans la balance (en faveur ou en défaveur de l'illégalité de l'acte et de son annulation). Ainsi, la représentation par la balance ne signifie pas la modération ou la recherche de compromis dans chaque affaire ; elle renvoie plutôt à accorder ce qui revient à l'élément le plus important. En effet, « les plateaux, comme l'épée, peuvent potentiellement conduire à l'absolu plutôt qu'aux décisions de compromis » ; dans les représentations antiques déjà « les âmes sont pesées et envoyées vers la vie éternelle ou la damnation »[3812].

Certains auteurs contestent l'idée que la balance puisse toujours représenter le rôle des juges, dans chaque affaire. Le juriste israélien Iddo Porat, par exemple, reprenant les idées de Joseph Raz, relève que dans certains litiges, les considérations en cause sont hiérarchisées, rendant inutile la mise en balance ; celle-ci ne serait dès lors utile que pour les considérations de même niveau[3813]. Toutefois, nous verrons par la suite que même lorsqu'une décision semble prescrite avec force par l'ordre juridique, il est des cas dans lesquels les juges, afin d'éviter des conséquences excessives, peuvent développer des moyens pour contourner la solution normalement applicable. Un tel cas de figure ne peut s'expliquer que parce qu'il existe des considérations contraires au strict respect de l'obligation posée par le droit, faisant pencher la balance vers une autre solution. Bien qu'exceptionnels, ces cas démontrent qu'à chaque moment le juge met en balance les éléments en cause. Cela n'empêche pas de considérer que certains éléments auront un poids nettement supérieur aux autres.

Pour illustrer son propos, Iddo Porat cite un passage des écrits de Raz illustrant des situations de prises de décision sans mise en balance[3814]. Dans le premier cas, une femme se voit adresser une proposition d'investissement de la part d'un de ses amis, et ce, alors qu'elle rentre du travail après une journée épuisante ; son ami la presse de répondre dans la soirée, ce qu'elle refuse de faire, car elle ne peut pas prendre de décision rationnelle à ce moment ; elle rejette donc l'offre, mais non pas après une mise en balance des considérations. D'une part, cet exemple n'est pas

3812. RESNIK (J.) et CURTIS (D.E.), « Images of Justice », *op. cit.*, p. 1755.
3813. PORAT (I.), « The dual model of balancing : a model for the proper scope of balancing in constitutional law », *Cardozo Law Review* 2006, pp. 1393-1448.
3814. *ibid.*, pp. 1403-1404.

directement pertinent puisque les juges ne peuvent pas refuser de décider ; d'autre part, il est tout à fait possible de considérer que si l'offre avait été bien plus intéressante, elle aurait pris une décision favorable malgré la fatigue, reflétant le fait que sa fatigue était uniquement un élément prédominant dans sa prise de décision. Le second exemple porte sur l'exécution d'un ordre par un militaire ; là encore, il n'est pas pertinent, car les juges sont indépendants et n'ont pas à recevoir d'ordre, ils possèdent donc toujours une certaine liberté dans leur prise de décision. Enfin, le troisième exemple porte sur une décision que doit prendre un père de famille concernant son enfant : soit l'envoyer dans une école de qualité, mais onéreuse, ce qui empêchera le père de quitter son emploi pour réaliser son rêve d'écrire un livre ; ou l'envoyer dans une école de faible qualité, mais beaucoup moins chère ; toutefois, le père de famille a promis à sa femme de toujours prendre les décisions dans l'intérêt de son fils. Pour Raz, en prenant sa décision, le père de famille ne met pas en balance les considérations sur le choix de l'école, mais respecte seulement sa promesse. Là encore, il est possible d'affirmer que le père de famille n'a pas eu connaissance d'autres éléments faisant pencher la balance dans un sens différent ; ou même qu'il a accepté la promesse au terme d'une mise en balance entre les intérêts de son fils et les siens. Ces exemples ne remettent pas en cause l'idée ici défendue.

Il est donc impossible d'avoir une vision absolue du droit administratif ou des recours ; ils n'ont pas vocation à remplir un seul rôle, mais permettent une mise en balance des éléments, au cas par cas[3815]. Ainsi, si dans une affaire, tel ou tel élément peut être déterminant pour l'issue du litige, pris globalement les décisions des juges recherchent un équilibre. Il faut donc en conclure que dans un litige il n'y a jamais une seule bonne réponse au problème soulevé, qu'il n'y a pas de « solution *optimum* ou *abstraitement supérieure* »[3816]. Les juges adoptent celle qui leur apparaît, au regard de l'ensemble des éléments de l'affaire, la plus adaptée. Seule une telle appréciation permet de rendre compte de la complexité des jurisprudences, et de l'importance du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review*. Elle reconnaît également un grand pouvoir discrétionnaire au profit des juges, mais permet de prendre conscience des risques que cela implique[3817].

3815. Même si la catégorisation de l'auteur ne nous apparaît pas nécessairement pertinente, nous sommes en accord avec l'idée de fond : l'intensité du contrôle se définit au cas par cas, par la mise en balance des éléments de l'affaire (JORDAO (E.), *Le juge et l'administration. Entre le contrôle et la déférence*, *op. cit.*).
3816. *ibid*., p. 313.
3817. Le risque d'arbitraire de la justice est inhérent à sa représentation sous forme de balance, car la pesée ne peut être totalement objective. Dans leur étude des images de la justice, Judith Resnik et Dennis Curtis font état de représentations de juges sans mains, datant du XVe siècle, et illustrant la nécessité d'éviter une justice qui donne trop ou pas assez (RESNIK (J.) et CURTIS (D.E.), « Images of Justice », *op. cit.*, p. 1736 (pour la reproduction), et pp. 1752-1754 (pour les explications)).

2. Une méthode légitimant le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review*

En plus d'être inhérente à la spécificité du droit administratif, droit surtout construit par les juges, la mise en balance légitime le rôle qu'occupent les juges dans leur contrôle quotidien de l'administration. Ils ne privilégient pas un aspect sur un autre, mais recherchent un équilibre entre différentes valeurs. La mise en balance constitue alors une réponse appropriée à la tentation de la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir (a.), tout comme elle permet de tempérer les critiques, notamment politiques, affectant la *judicial review* (b.).

a. Une réponse à la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir

Le recours pour excès de pouvoir est empreint de cette recherche constante de conciliation, de mise en balance d'exigences différentes, voire opposées[3818]. Il nous semble que parler de « subjectivisation » pour expliquer et englober toutes les évolutions que nous avons mentionnées induit en erreur. Ce terme peut renvoyer à deux éléments connexes, mais distincts. En premier lieu, la « subjectivisation » peut traduire l'idée d'une meilleure prise en compte et protection des droits subjectifs. En ce sens, dire que le contentieux de l'excès de pouvoir se subjectivise, c'est affirmer que le requérant doit être considéré « bien davantage comme défendant ses propres intérêts », que comme agissant dans l'intérêt de la légalité[3819]. Or, si ce mouvement est indéniable, il ne doit pas cacher que le juge reste encore juge de la légalité des actions de l'administration. En second lieu, ce terme peut mettre en lumière la prise en compte plus précise des situations individuelles, des données concrètes de chaque affaire. Tel est l'acception retenue en principe[3820]. En ce sens, la « subjectivisation » a rapport à la notion de « situation subjective », notion « qui couvre les cas où sont prises en compte les caractéristiques particulières d'une personne pour en tirer certaines

3818. Voir l'exposé très enrichissant de Maurice Hauriou sur la recherche constante de conciliation au sein du droit administratif notamment entre loi et pouvoirs discrétionnaires, influençant nécessairement l'office du juge et le rôle du juriste : HAURIOU (M.), *Police juridique et fond du droit. À propos du livre d'Al Sanhoury. Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon*, Sirey, 1926, 52 pages.
3819. SAGNIER (P.-Y.), « Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables », *AJDA* 2016, pp. 1378-1383, p. 1379. Ailleurs, le même auteur fait de la subjectivisation du contentieux administratif « un recentrage des règles du contentieux sur la protection des intérêts privés » (p. 1383).
3820. Telle est la position retenue par Letourneur dans son article célèbre (« L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », *EDCE* 1953, pp. 66-70). Il étudie trois nouveaux éléments de contrôle du juge : la contrainte, la distinction entre motifs déterminants et motifs surabondants et l'extension du contrôle de la matérialité des faits. À la fin de son étude, l'auteur précise que les trois éléments « conduisent le juge de la légalité à se livrer à des appréciations subjectives, à des interprétations de la volonté de l'auteur des actes administratifs » (p. 70).

conséquences juridiques et contentieuses »[3821]. Cette acception est en lien avec la première : en prenant mieux en compte ces situations, le juge les protège mieux. En plus de ne pas être rigoureusement pertinente, l'idée même traduite par le terme « subjectivisation » est contestable. Il n'est pas question de dire que le juge de l'excès de pouvoir ne protège pas les droits, ou encore qu'il ne les protège pas de mieux en mieux. Cependant, il est confronté à d'autres enjeux.

Il faut donc reconnaître la nature multipolaire du recours pour excès de pouvoir. En tant qu'action en justice, il est utilisé par les individus pour la défense de ce qu'ils considèrent être leurs droits. En cela, on comprend l'ouverture croissante du prétoire du juge à des actes divers ou encore l'approfondissement de ce contrôle.

Mais, il n'est pas que cela. Lorsque, par son biais, le juge de l'excès de pouvoir pose son regard sur un acte, le but n'est pas de protéger les droits des individus ; c'est de faire respecter la légalité. Si celle-ci prévoit des droits, alors le juge veille à leur respect. Il peut être fait grief à cette vision de ramener tout litige au droit objectif. Puisque celui-ci est le fondement des droits subjectifs, chaque contestation portant sur eux entraîne, nécessairement, une appréciation sur celui-ci. Cependant, si l'on doit caractériser le rôle du juge de l'excès de pouvoir en une expression, ce qui n'est d'ailleurs pas une obligation, il est avant tout juge de la légalité. Chaque affaire est réductible à ce rôle. Tel est le cas pour les suites de l'affaire *Lafage* par exemple[3822]. Bien que statuant sur une demande d'indemnité, le rôle du juge de l'excès de pouvoir n'est pas d'en fixer le montant, mais de décider de la légalité du refus opposé par l'administration. Si récemment le Conseil d'État a considéré que, dans le cadre d'un tel contentieux, les conclusions tendant au paiement des intérêts moratoires relèvent de l'excès de pouvoir, c'est que celles-ci sont objectives et n'appellent pas d'appréciation subjective[3823]. Le contentieux porte sur un acte subjectif, cependant la question reste

3821. DELVOLVE (P.), « Recours pour excès de pouvoir et droits subjectifs », voir p. 220 in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, *op. cit*.
Dans le même sens, voir : SIRINELLI (J.), « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2016, pp. 529-544, p. 529 (« la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir se caractériserait ainsi par la place accrue accordée par le juge administratif aux situations des personnes physiques et morales, ainsi qu'aux droits et obligations propres qu'elles en tirent ») ; TRUCHET (D.), « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches » », in *Le pouvoir d'injonction du juge administratif*, *RFDA* 2015, pp. 657-661, p. 660 (« le contentieux de l'excès de pouvoir s'est « subjectivisé » car le juge est de plus en plus attentif à l'effet de sa décision sur la situation personnelle du requérant »).
Voir également : voir PLESSIX (B.), « Sécurité juridique et confiance légitime », *RDP* 2016, pp. 799-814 : l'auteur défend l'idée que la confiance légitime est reconnue, implicitement, dans notre système juridique. Celle-ci se définit comme le versant subjectif de la sécurité juridique, c'est-à-dire que le juge, en la protégeant, se met à la place de l'administré, et de ses attentes vis-à-vis de l'administration. En ce sens, elle « viserait les situations juridiques des destinataires des règles de droit ; ce serait la sécurité envisagée du point de vue des intérêts des particuliers ou, souvent d'ailleurs, des entreprises », constituant ainsi un droit subjectif au profit des administrés. (*op. cit.*, p. 800).
3822. CE, 8 mars 1912, *Lafage*, rec. 348, concl. Pichat ; GAJA 21e éd., n°22. Sur ce point, voir la note de G. Jèze (*RDP* 1912, pp. 266-294).
3823. CE, Sect., 9 décembre 2011, *Marcou*, rec. 616, concl. Keller ; *RFDA* 2012, pp. 279-283, concl. Keller. Dans ses conclusions, Remi Keller s'appuie expressément, en les confirmant, sur les conclusions rendues par Daniel Labetoulle

sa conformité au droit objectif. Or, l'inverse n'est pas vrai ; toutes les affaires ne se résument pas, dans le contrôle qu'opère le juge, au respect et à la protection des droits subjectifs. Prenons l'exemple de l'arrêt *Commune d'Annecy*[3824]. Le Conseil d'État y précise la répartition des rôles, dans l'application de ce texte, entre pouvoir réglementaire et pouvoir législatif. Ainsi, « une disposition réglementaire ne peut intervenir dans le champ d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement que pour l'application de dispositions législatives ». N'ayant pas respecté cette prescription, le décret en cause est annulé. Le contrôle est ici de pure légalité ; aucun droit subjectif n'est présent[3825]. On peut, sans peine, dire que dans tous les cas où se trouve en cause une question de compétence, la question est de cette nature. De même, les rappels du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir, par les magistrats administratifs sont fréquents, que ce soit dans leurs écrits judiciaires ou extra-judiciaires[3826]. Il reste clair, à ce sujet, que le refus de consacrer les principes d'*estoppel* et de confiance légitime repose en grande partie sur leur trop grande subjectivité[3827]. Il faut alors admettre qu'un seul terme ne peut permettre de résumer toutes les dimensions de ce recours. Par son biais, ce sont tant le droit objectif que les droits dont le juge veille au respect[3828]. À cela s'ajoute la prise en compte des nécessités de l'action administrative, au sein du contrôle de légalité.

Le terme de « subjectivisation » ne convient donc pas. Bien que largement employé en doctrine, il ne nous paraît pouvoir englober tous les aspects des changements affectant le recours pour excès de pouvoir. En cela, il est incité à porter trop le regard sur la protection des droits et pas

---

dans l'affaire *Ministre de l'équipement c. Bonnet*, du 12 mars 1976. C'est ce dernier qui exprime clairement l'idée que l'appréciation portant sur les intérêts moratoires est objective et non subjective.

3824. CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, rec. 322 ; GAJA 21e éd., n°108.

3825. Voir également : CE, Ass., 12 juillet 2013, *Fédération nationale de la pêche en France*, rec. 192 ; *RFDA* 2014, pp.97-114, concl. Cortot-Boucher ; pp. 115-121, note J. Robbe ; *AJDA* 2013, pp. 1737-1743, chron. X. Domino et A. Bretonneau. Le Conseil d'État reconnaît l'invocabilité de l'article 3 de la Charte de l'environnement contre un acte réglementaire pris en exécution d'une loi, lorsque la loi est tellement générale et abstraite que le pouvoir réglementaire dispose d'un large pouvoir discrétionnaire.

3826. Voir *supra* : Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II, I.

3827. À propos de la difficulté à reconnaître explicitement le principe de confiance légitime alors que certaines théories jurisprudentielles semblent le consacrer, voir : HEERS (M.), « La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ? », *RFDA* 1995, pp. 963-969 ; FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, pp. 508-515 ; TARTOUR (L.), « Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *RDP* 2013, pp. 307-327 ; PLESSIX (B.), « Sécurité légitime et confiance légitime », *RDP* 2016, pp. 799-814.

On retrouve cet argument dans les conclusions de Yann Aguila sur l'arrêt *Société KPMG et autres* (CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, rec. 154 ; *RFDA* 2006, pp. 463-482, concl. Aguila) : « Certes, le principe de confiance légitime, même si sa portée ne doit pas être exagérée, conduit à prendre en compte un point de vue *subjectif* qui est étranger à la tradition française – sauf peut-être au regard du droit à l'indemnisation. C'est pourquoi nous ne vous proposerons pas de l'étendre – sous cette formule – en dehors du champ du droit communautaire ». (p. 470. C'est l'auteur qui souligne).

3828. BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 2010, 693 pages, pp. 65-67 : telle est la conception que l'auteur fait ressortir, dès le Second Empire.

assez sur les autres phénomènes. Nous lui préférons le terme de « concrétisation » du contrôle. Nous l'avons vu pour ce qui est de la réduction des mesures d'ordre intérieur ; nous l'avons aussi mentionné pour l'appréciation de l'effet direct des conventions internationales, voire leur application avec la décision *Gonzalez Gomez* ; il est possible, sans peine, d'y faire entrer le développement des techniques et de l'intensité du contrôle des juges. Cette « concrétisation » signifie que le juge se fie de moins en moins à des présupposés abstraits. Il se reconnaît plus facilement la compétence et la capacité à entrer dans les données précises de l'affaire, à les évaluer et à les mettre en balance. Parler ici de subjectivisation porte à confusion, car cela réduit de façon inutile ce mouvement à une de ses dimensions : la protection des droits.

Le recours pour excès de pouvoir se trouve au centre d'un équilibre à réaliser, dépassant les clivages relevés entre la vision libérale et la vision interventionniste de l'État de droit ; en cela il permet la concrétisation du principe de discussion proposé par Dominique Rousseau, et que l'on retrouve également chez Léo Hamon[3829]. Son objet n'est pas de défendre telle ou telle valeur en particulier, mais de les concilier au cas par cas, et selon le contexte de l'affaire. Ce qui apparaît comme une limite du recours, notamment la faible diversité des pouvoirs juge à l'issu du constat d'illégalité du juge, devient un élément caractéristique de l'équilibre constamment recherché : le juge de l'excès de pouvoir semble plus en retrait que le juge du plein contentieux, mais permet en fait un meilleur respect de la liberté de l'action administrative, en ne lui dictant pas nécessairement des décisions à prendre.

b. Une technique inscrivant parfaitement la *judicial review* dans son contexte constitutionnel

La *judicial review* n'est pas soumise à des tensions similaires au recours pour excès de pouvoir. Les critiques ne sont pas à proprement parler juridiques, mais plutôt politiques. Comme le relève Paul Daly, elles tiennent surtout en ce que les juges s'octroieraient de plus en plus de pouvoirs dans le contrôle de l'administration : ils interviendraient alors dans les *merits* et prendraient des décisions de nature politique[3830]. Cette critique est notamment faite par Jason Varuhas : l'auteur relève qu'en cherchant à compenser la faiblesse des mécanismes politiques de responsabilité des autorités administratives et du Gouvernement, les juges sortent de leur rôle constitutionnel[3831]. Jason Varuhas note alors qu'en entrant dans le domaine politique, sans y être

3829. Voir *supra* sur ce principe : Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I, I, A , 2.
3830. DALY (P.), « Administrative Law : Characteristics, Legitimacy, Unity », *op. cit*.
3831. VARUHAS (J.NE.), *Judicial Capture of Political Accountability*, Policy Exchange, Londres, 2016, 51 pages, voir

armés convenablement, les juges sont soumis à la contestation, car ils manquent de légitimité démocratique et d'une expertise suffisante. Leurs carences constituent la face opposée ce qui fait leur force : leur indépendance et leur recul vis-à-vis des conflits purement politiques. Cette critique rejoint celles classiquement faites par les tenants d'une vision politique de la Constitution. L'appel à un plus grand, et à un meilleur, contrôle par la voie de mécanismes politiques serait la solution au développement du contrôle juridictionnel. En clair, ils appellent à une meilleure séparation du domaine politique et du domaine juridique[3832].

Mais cette volonté est aussi politique. La réforme du *Criminal Justice and Courts Act* de 2015, restreignant l'usage de la *judicial review* en ne la rendant possible que pour corriger les erreurs ayant pu avoir une influence déterminante sur la décision, résulte d'un mouvement politique suggérant que le nombre trop élevé de recours porte atteinte à l'efficacité de l'action administrative[3833].

La réponse à ces questions a été apportée par les réflexions sur les bases constitutionnelles de la *judicial review*. Que ce soit pour les tenants de l'*ultra vires* modifiée ou de la *common law*, l'intention du Parlement reste au cœur du contrôle des juges. C'est par son biais que les juges justifient le respect d'obligations juridiques pour l'administration, et développent la protection des droits. Il revient donc au législateur, en cas de désaccord, à faire valoir expressément sa volonté. À ce premier constat, qui tient au respect de la souveraineté du Parlement, s'ajoute celui de la prise en compte des capacités institutionnelles de l'administration, mais aussi de sa légitimité démocratique, par la double acception donnée à la déférence. Elle permet aux juges de ne pas se substituer aux appréciations de l'autorité publique, d'une part en refusant le contrôle des *merits*, et d'autre part en lui laissant une certaine liberté. Plus largement, par l'utilisation, souvent tacite, de la valeur de « bonne administration », les juges évitent de porter atteinte à l'efficacité administrative lorsque cela ne paraît pas nécessaire à la protection des droits ou au respect du droit.

Cette idée, défendue par Paul Daly, nous semble tout à la fois refléter avec beaucoup de

---

pp. 50-51.

3832. TAYLOR (G.D.S.), « May Judicial Review Become a Backwater ? », pp. 153-178 in *Judicial Review of Administrative Action in the 1980s. Problems and Prospects*, sous la dir. de M. Taggart, OUP, Oxford, 1986 ; CRAIG (P.), « Political Constitutionalism and Judicial Review », *op. cit.* ; TOMKINS (A.), *Our Republican Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2005, 156 pages ; ARVIND (T.T.) et STIRTON (L.), « The curious origins of judicial review », *LQR* 2017, pp. 91-117, notamment pp. 113-114 ; THOMAS (R.), « Legitimate Expectations and the Separation of Powers in English and Welsh Administrative Law », pp. 53-77 in *Legitimate Expectations in the Common Law World*, sous la dir. de M. Groves et G. Weeks, *op. cit*.

Voir *supra* la bibliographie sur les tenants de la vision politique : Partie II, Titre II, Chapitre II, I, B.

3833. Pour une critique, détaillée appuyée par des données statistiques : SUNKIN (M.) et BONDY (V.), « The Use and Effects of Judicial Review : Assumptions and the Empirical Evidence », pp. 327-351 in *Public Law Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell et al., *op. cit*.

pertinence l'office des juges, tout en assurant leur légitimité[3834]. Le droit administratif repose sur la prise en compte et la conciliation de plusieurs valeurs, dont il appartient aux juges d'assurer la mise en balance dans tous les cas : la démocratie, la *rule of law*, la séparation des pouvoirs et la bonne administration. Or, ces valeurs ne sont pas politiques, mais reflètent les composantes de l'ordre juridique anglais. Si les juges participent à leur définition et à leur respect, ils ne les créent pas[3835]. Elles s'imposent à eux. Par le biais de la *judicial review*, c'est un certain équilibre entre elles qu'ils recherchent, *via* le respect du droit, la protection des droits et la prise en compte de la bonne administration ; il n'y a pas de hiérarchie. La légitimité des juges se trouve ainsi dans cette mission de nature constitutionnelle. La mise en balance assure une actualisation constante des équilibres entre les valeurs, permettant ainsi aux juges de suivre les évolutions de la société, renforçant encore la légitimité de leur décision[3836]. Le droit administratif anglais ne repose donc pas uniquement sur la protection des droits, mais sur une conception pluraliste des valeurs, des droits impliqués et des enjeux[3837].

Toutefois, il nous semble que sur un point Paul Daly opère un constat erroné. En effet, l'auteur relève que les juges ont une certaine légitimité procédurale notamment, car ils développent la *common law* de façon incrémentale, et après avoir entendu les arguments de chaque partie[3838]. Cet argument paraît quelque peu excessif. La procédure suivie par les juges fait souvent l'objet de critiques[3839]. Notamment, dans le domaine des questions polycentriques, les limites d'une procédure

3834. DALY (P.), « Administrative Law : Characteristics, Legitimacy, Unity », *op. cit.* ; « Administrative Law : A Values-based Approach », *op. cit.* in *Public Law Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell et al., *op. cit.*

3835. DALY (P.), « Administrative Law : Characteristics, Legitimacy, Unity », *op. cit*., pp. 20-21.

3836. *ibid*., pp. 13-15.

FELDMAN (D.), « Public Law Values in the House of Lords », *LQR* 1990, pp. 246-276 ; FORDHAM (M.), « Surveying the Grounds : Key Themes in Judicial Intervention », pp. 184-199 in *Administrative law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit.* (L'auteur considère que l'organisation des cas d'ouvertures et leur utilisation par les juges révèlent la mise en balance entre interventionnisme et restriction du contrôle).

Bien qu'il soit considéré comme un tenant de la vision politique de la Constitution, Adam Tomkins défend une conception mixte dans laquelle il est nécessaire de balancer les éléments politiques (déférence) et juridiques (la garantie des droits) : TOMKINS (A.), « What's Left of the Political Constitution ? », *op. cit*.

3837. VARUHAS (J.NE.), « The reformation of English administrative law ? « Rights », rhetoric and reality », *CLJ* 2013, pp. 369-413, voir pp. 390-395.

3838. *ibid*., p. 18.

3839. Pour une critique générale : COFFIN (F.N.), « Judicial Balancing : the protean Scales of Justice », *op. cit.* ; JORDAO (E.), *Le juge et l'administration. Entre le contrôle et la déférence*, *op. cit.*, pp. 49-65.

Concernant la procédure de *judicial review* en particulier : Lord Diplock, « Judicial Control of the Administrative Process », *Current Legal Problems* 1971, pp. 1-17 notamment pp. 3-8 ; WILLIAMS (D.G.T.), « Justiciability and the Control of Discretionary Power », pp. 103-122, notamment pp. 116-121 in *Judicial Review of Administrative Action in the 1980s. Problems and Prospects*, sous la dir. de M. Taggart, *op. cit.* ; HARLOW (C.), « Public Law and Popular Justice », *MLR* 2002, pp. 1-18 ; POOLE (T.), « Back to the Future ? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *op. cit.* ; « Questioning Comon Law Constitutionalism », *op. cit.* ; « Legitimacy, Rights and Judicial Review », *op. cit.* ; « The reformation of English administrative law », *op. cit.*

purement accusatoire jouent avec particulièrement de force. Elles expliquent la plus grande réticence des juges à entrer dans l'évaluation des considérations administratives, reflétées par le développement de la doctrine de la déférence. Sur ce point, les juges anglais opèrent un contrôle en retrait par rapport au Conseil d'État, plus enclin à s'engager dans un contrôle poussé[3840]. Le statut des juges est aussi un élément expliquant cette différence. Plus proche organiquement de l'administration, le juge administratif français se sent plus apte et légitime à la contrôler. Comme nous l'avons vu, si le Conseil d'État peut parfois être décrit comme jouant le rôle de « supérieur hiérarchique » de l'administration, le juge anglais est loin de ces considérations[3841]. Quelle que soit la réalité de la qualité prêtée aux juges du Palais Royal, elle reflète la conception que l'on se fait en France de son office. À l'inverse, les juges anglais fondent leur rôle avant tout sur leur indépendance claire vis-à-vis de l'administration. La séparation des pouvoirs y joue avec plus de force. Dès lors, il nous paraît difficile de soutenir la légitimité procédurale de la *judicial review* dans le contrôle de l'administration. Au contraire, elle ne l'est pas, et compense par le développement de la déférence.

Mais, ce constat ne remet pas en cause les développements précédents. Il traduit surtout que si la balance est une méthode commune des juges français et anglais, sa réalisation diffère dans chaque pays, car les éléments la constituant n'y ont pas la même importance. La position particulière du Conseil d'État le rend plus à même, à tort ou à raison, de surveiller avec précision l'activité administrative. À l'inverse, les juges anglais ressentent avec plus de force l'écart qui les sépare des appréciations administratives, justifiant une approche plus tempérée, et toujours en quête de la réaffirmation de la légitimité constitutionnelle de la *judicial review.*

B. La mise en balance, reflet du pragmatisme des juges

L'importance de la mise en balance rend nécessaire une étude plus poussée de cette technique. En particulier, il est nécessaire de comprendre son mode de fonctionnement dans la prise de décision des juges. Au-delà d'une conciliation des éléments présents, la mise en balance reflète une approche contextualiste de l'office des juges. L'élaboration de la décision est avant tout une recherche de la résolution d'un cas, empreint de ses particularités propres. Les juges ont donc une approche souple et pragmatique de la recherche d'une solution (2.). Pour mettre en lumière cette

3840. *Infra* voir : Partie II, Titre II, Chapitre II, Section II, II.
3841. Voir le I et le IV de l'introduction.
Voir en particulier : MESTRE (A.), *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration. (Études sur le recours pour excès de pouvoir)*, LGDJ, Paris, 1974, 312 pages, pp. 237-346.

idée, il est tout d'abord nécessaire de relever qu'il est important pour les juges d'évaluer quelles seront les conséquences de leur décision sur chacun des éléments pris en compte : c'est ce que permet l'argument conséquentialiste (ou raisonnement finaliste) (1.).

1. Une méthode permettant la prise en compte du concret : l'argument conséquentialiste

La mise en évidence des considérations conséquentialistes au sein des jugements à notamment été l'œuvre de Neil MacCormick[3842]. Relevant les limites d'une conception purement déductive des jugements, l'auteur note qu'il existe des considérations « secondaires » qui peuvent justifier que les juges prennent une décision plutôt qu'une autre[3843]. Elles sont « secondaires » car elles viennent pallier les carences des éléments « primaires », à savoir les règles de droit. En effet, les juges sont obligés de trancher les litiges alors même que dans certains cas « les règles ne sont pas claires, ou parce que la classification des faits se révèle contestable ou alors parce qu'il n'y a aucun fondement juridique possible pour la demande ou pour une prise de décision en droit »[3844]. Dans ce type de situations, les juges doivent pour autant trancher malgré l'indétermination juridique qui règne autour du litige. Ils vont alors tenir compte des considérations portant sur les conséquences de leur jugement : c'est l'argument conséquentialiste. En évaluant, de façon subjective, la portée concrète de telle ou telle décision, les juges vont pouvoir élaborer une décision. Ces trois éléments, conséquentialisme, évaluation et subjectivité, sont au cœur du raisonnement[3845] ; il s'agit alors de prendre en compte différentes valeurs afin de les évaluer et d'adopter la décision la plus appropriée[3846]. En substance, le raisonnement conséquentialiste est un « processus de justification qui consiste à tester les alternatives possibles d'une décision de justice par l'évaluation de ses effets non seulement juridiques mais surtout sociaux, économiques, voire même politiques »[3847].

3842. MacCORMICK (N.), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, ré-imprimé en 2003, 298 pages ; « Legal decisions and their consequences from Dewey to Dworkin », *New York University Law Review* 1983, pp. 239-258.
Voir également : RUDDEN (B.), « Consequences », *Juridical Review* 1979, pp. 193-201 ; MacCORMICK (N.) et WEINBERGER (O.), *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, LGDJ Paris, 1992, 237 pages, pp. 201-219 ; HOURQUEBIE (F.), « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de common law », pp. 25-46 in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la dir. de F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, *op. cit.*
Pour une étude récente en droit public français, dans le cadre de la jurisprudence constitutionnelle : SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2016,779 pages.
3843. *ibid*., pp. 65-72 (pour les limites du raisonnement déductif) et pp. 100-128.
3844. *ibid*., p. 100.
3845. *ibid*., pp. 105-106 et pp. 129-151.
3846. *ibid*., pp. 108-119 ; « Legal decisions and their consequences from Dewey to Dworkin », *op. cit*.
3847. HOURQUEBIE (F.), *ibid*., p. 26.

Cela ne signifie pas que les juges peuvent prendre, à tout moment, n'importe quelle décision. L'idée conséquentialiste vise plutôt à rendre compte de la façon dont ils résolvent des cas pour lesquels aucune décision logique n'apparaît. Dès lors, elle porte avant tout sur la méthode de résolution des litiges et sur la justification de la décision retenue dans les cas où elle ne découle pas d'un raisonnement déductif classique.

Toutefois, Neil MacCormick relève que les juges ne sont pas libres : ils se doivent de maintenir la cohérence du système juridique auquel ils appartiennent, et leur raisonnement est largement dépend du contexte de l'affaire[3848]. Dans leur espace de liberté, les juges doivent évaluer les arguments conséquentialistes, mais ce travail « est limité par la nécessité de démontrer qu'ils ont une autorisation juridique pour agir ainsi »[3849]. Prenant l'exemple de l'Angleterre, l'auteur relève que le refus des juges de contrôler la loi se fonde sur « les valeurs constitutionnelles admises concernant les limites adéquates de la fonction des juges par rapport à la fonction législative »[3850]. Décider autrement aurait donc pour conséquence de conduire les juges à usurper un pouvoir qui ne leur appartient pas. Dès lors, « la méthode d'évaluation des conséquences dépend fortement de l'étude faite [par les juges] au regard de ce que sont les principes constitutionnels fondamentaux »[3851]. Le refus de contrôler la loi ne découle pas d'une impossibilité absolue ou d'une incapacité, mais d'une évaluation de ce que l'ordre juridique autorise ou refuse aux juges. Ces principes fondamentaux sont ceux qui, à un moment donné, existent et structurent l'ordre juridique ; ils confinent les pouvoirs des juges. Bruno Genevois exprime une idée similaire lorsqu'il affirme que « plus la solution proposée est novatrice plus ses conséquences doivent être par avance analysées et pesées. À cet égard, il ne faut jamais perdre de vue qu'une juridiction suprême se prononce en fonction de l'idée qu'elle se fait de sa place dans les institutions. Le commissaire du gouvernement ne peut sacrifier aucune des missions du Conseil d'État, qui est à la fois le régulateur de l'activité des services publics et le défenseur des droits des administrés »[3852]. Il s'agit alors pour les juges de ne pas prendre de décisions qui seraient excessives ; elles doivent s'intégrer au mieux dans le contexte présent. L'acceptation de la décision, et la légitimité des juges, en dépendent.

Neil MacCormick donne, comme exemple concret de la place des arguments

3848. *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, pp. 119-128 et pp. 152-194.
3849. *ibid.*, p. 166.
« Le droit tel qu'appliqué par les cours doit montrer une cohérence dans ses principes, et ne doit pas être un 'ensemble anarchique de cas individuels' et, dans la mesure où la société a, ou est considérée avoir ou est perçue comme ayant, certaines valeurs communes dépassant les clivages politiques et les appréciations personnelles, ces 'valeurs communes' doivent être concrétisées en droit » (*ibid.*, p. 187).
3850. *ibid.*, p. 132.
3851. *ibid.*, p. 133.
3852. GENEVOIS (B.), « Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État », *RFDA* 2000, pp. 1207-1218, p. 1217.

conséquentialistes, le cas de l'affaire *Anisminic*[3853]. En effet, ce qui justifie que les juges acceptent de connaître du recours c'est qu'il leur ait apparu nécessaire d'opérer ce contrôle, car « sinon la compétence limitée conférée par le Parlement à la Commission aurait pu être excédée sans possibilité de correction »[3854]. Les juges, en donnant une conception particulièrement large du terme « compétence », avaient comme velléités d'atteindre ce but : soumettre la décision au contrôle juridictionnel. Ainsi, l'argument conséquentialiste peut conduire à fixer un but au raisonnement juridique : en l'espèce, il conduit à rendre nécessaire d'admettre le recours. Le raisonnement se veut donc également finaliste. C'est dans un but précis que les juges ont adopté une telle motivation, conduisant à l'unification des questions de droit. En agissant ainsi, les juges ont garanti l'inscription de la décision au sein de l'ordre juridique, légitimant l'évolution provoquée[3855]. D'une façon générale, la déférence dont font preuve les juges est également l'expression d'un argument conséquentialiste puisqu'il s'agit de limiter l'intervention des juges, au risque que cela ne conduise à de mauvaises solutions, découlant notamment de leurs faiblesses procédurales et en termes d'expertise[3856].

Pour ce qui est de la jurisprudence du Conseil d'État, l'utilisation d'un raisonnement conséquentialiste n'est pas explicite. Notamment, les arguments de cette nature sont le plus souvent exprimés dans le cadre d'une motivation en termes purement juridiques, et trop sibylline pour permettre leur identification[3857]. Toutefois, « le juge, libre d'utiliser des modes de raisonnement logique, reste en toute hypothèse guidé par un raisonnement finaliste »[3858]. Ce dernier a d'ailleurs « la première place parmi les modes de raisonnement qu'utilise le juge administratif »[3859]. En somme, il est fréquent que l'arrêt soit guidé par un certain but à atteindre, déterminé par les conséquences que peut produire telle ou telle solution. Le jugement est alors structuré pour y apporter la meilleure justification logique et juridique possible. Pour se limiter à des affaires déjà étudiées, trois cas peuvent être cités[3860]. La jurisprudence *Dame Lamotte* se fonde sur un argument

3853. *ibid*., pp. 143-144.
3854. *ibid*., p. 143.
3855. *ibid*., pp. 195-197.
3856. KING (J.), « Institutional Approaches to Judicial Restraint », *op. cit.*, pp. 425-426 ; Lord Steyn, « Deference : a tangled story », *op. cit.*, p. 351 et p. 358.
3857. HOURQUEBIE (F.), « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de common law », pp. 25-46 in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la dir. de F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, *op. cit*.
3858. GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, Paris, 1972, 321 pages, p. 66, voir en général pp. 66-69. Voir également : ROUVILLOIS (F.), « Le raisonnement finaliste du juge administratif », *RDP* 1990, pp. 1817-1857.
3859. *ibid*., p. 67.
3860. JORDAO (E.), *Le juge et l'administration. Entre le contrôle et la déférence*, *op. cit.*, p. 383 : sans parler de conséquentialisme, l'auteur affirme que lorsqu'un rapporteur public propose une évolution jurisprudentielle, il met en balance différents facteurs, au titre desquels se trouvent « les conséquences factuelles résultant du modèle suggéré ».
Voir également : LATOUR (B.), *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2012, 320 pages, voir pp. 163-200 : l'auteur y met en évidence le rôle du contexte dans la prise de décision des juges, et

conséquentialiste : en interprétant la loi comme excluant littéralement tous recours, la décision aurait eu des conséquences excessives sur l'accès à la justice[3861]. Afin de protéger les individus, mais aussi garantir la cohérence du droit, le Conseil d'État adopte une interprétation restrictive de la disposition, et accepte le recours pour excès de pouvoir[3862]. De même, l'arrêt *Lesourd*, portant sur l'interprétation particulièrement constructive d'une loi afin de la rendre conforme à la Constitution, porte en lui un argument conséquentialiste. Le choix de cette méthode pour résoudre le litige se fait pour « veiller à ce que l'interprétation de la loi […] jouisse d'un solide brevet de constitutionnalité »[3863]. Cette solution permet de sauver le décret en cause : la cohérence du système juridique est préservée, tout comme l'action administrative, mais au détriment des prétentions des requérants. De même, dans ses conclusions sur les affaires *Planchenault* et *Boussouar*, Mattias Guyomar, pour justifier l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre certaines mesures internes aux prisons, a pu affirmer qu'autrement « refuser de contrôler les décisions aujourd'hui attaquées reviendrait à accepter de fermer les yeux en attendant qu'on les ouvre pour vous à Strasbourg »[3864]. C'est pour éviter cette conséquence, et anticiper la jurisprudence de la Cour européenne, qu'il souhaite que le Conseil d'État prenne la décision d'ouvrir son prétoire.

Au travers de ces exemples français et anglais, on s'aperçoit que l'argument conséquentialiste joue également lorsque la décision n'est pas celle normalement commandée par le raisonnement purement déductif. Il ne sert donc pas uniquement à pallier les carences dans la règle de droit, mais également à s'écarter de ses conséquences les plus excessives en cas d'application stricte.

La prise en compte des conséquences d'un jugement influe donc nécessairement sur la balance opérée par les juges. Elle ne constitue pas un élément de plus, mais une méthode d'évaluation. Une décision peut avoir pour conséquence de violer l'ordre juridique, et donc le droit ; elle pourra sembler ne pas protéger assez les droits ; ou encore porter une atteinte trop forte aux nécessités administratives. C'est l'évaluation des éléments, par le biais des arguments

notamment que la prise en compte de différents éléments peut conduire à différentes décisions. Notamment, à propos de la jurisprudence *Cayzelle*, il relève, étant présent comme observateur, que la question de l'ouverture du recours pour excès de pouvoir avait été mise en balance avec les conséquences sur l'engorgement du prétoire.
Voir aussi : BELL (J.), *French Legal Cultures*, *op. cit.*, pp. 187-188 ; VOCANSON (C.), « L'analyse des arguments dans les conclusions des commissaires du gouvernement près le Conseil d'État », pp. 183-197, notamment p. 196 in *De l'intérêt de la* summa divisio *droit public-droit privé*, sous la dir. de B. Bonnet et P. Deumier, Dalloz, Paris, 2010.
3861. Voir *supra* : Partie II, Titre II, Chapitre I, Section II, I, B, 1, a.
3862. Comme l'affirme avec beaucoup de pertinence Fabrice Hourquebie, à propos des principes généraux du droit en général : « tout en restant dans ce que son système de droit autorise, le juge réalise, peut-être sans l'assumer pleinement, une synthèse entre l'équité et la loi en corrigeant la rigueur de cette dernière par l'utilisation du droit prétorien. Le juge n'est plus seulement l'auxiliaire du législateur ; il en est aussi le complément » : HOURQUEBIE (F.), *ibid*., p. 37.
3863. *RFDA* 2007, p. 1082
3864. CE, Ass., 14 décembre 2007, *Planchenault* et *Boussouar*, rec.495 et rec. 474 ; *RFDA* 2008, pp. 87-103, voir p. 100.

conséquentialistes, qui est ainsi mise en balance. Le jugement a, en cela, une dimension prédictive : il s'agit de mesurer, de façon parfois quelque peu incertaine, l'importance de telle ou telle décision sur ces éléments. Chaque jugement affectant nécessairement ces trois composantes (plus ou moins faiblement, et favorablement ou défavorablement), la décision retenue sera celle qui ménage au mieux un équilibre entre elles.

Néanmoins, pour Neil MacCormick, les arguments conséquentialistes n'ont pas directement rapport avec l'influence du jugement sur le comportement des acteurs, mais sur ses implications logiques[3865]. Les conséquences pratiques seraient trop difficiles à évaluer pour justifier la décision rendue. L'appréciation de l'auteur est logique puisqu'il cherche avant tout à expliquer la justification des jugements posant ou précisant une règle, nécessaire à la résolution du cas à trancher, mais aussi d'autres affaires similaires. Sur ce point, nous rejoignons l'auteur. Raymond Odent ne disait pas autre chose lorsque, concernant le meilleur contexte possible pour provoquer une évolution jurisprudentielle, il affirmait : « un « bon dossier » est celui d'une affaire où les éléments de fait sont tels qu'ils rendent déplaisante la solution commandée par l'orthodoxie tandis qu'ils font ressortir le caractère opportun de la solution à laquelle l'évolution proposée aboutirait »[3866]. Mais, dans certaines situations, les juges s'appuient sur des éléments plus pratiques ; tel est le cas lorsqu'il s'agit, non pas de préciser une règle, ou de la créer, mais tout simplement de résoudre le litige en l'espèce. Ici, les juges peuvent plus aisément prévoir les conséquences pratiques de leur jugement, notamment si les parties ont apporté des arguments en ce sens. La décision de justice n'aura pas vocation à nécessairement s'étendre à d'autres cas, car fondamentalement liée aux faits d'espèce, elle est la résultante d'une mise en balance particulière. Ainsi, « la recherche de l'équilibre a pour caractéristique d'être remise en cause à chaque litige »[3867]. L'argument conséquentialiste peut alors se retrouver dans des décisions précises, et être ainsi plus lié aux faits et aux conséquences pratiques pour les parties. La dimension casuistique, ou incrémentale, peut justifier une solution audacieuse, mais limitée à un cas précis[3868].

Ce travail comporte une dimension subjective indéniable dans l'évaluation et la mise en balance des éléments, expliquant les désaccords possibles entre les juges dans une même affaire ou

3865. Voir notamment : MacCORMICK (N.), « Legal decisions and their consequences from Dewey to Dworkin », *op. cit*.
3866. ODENT (R.), « De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas », *EDCE* 1962, pp. 43-49, p. 44.
3867. GUYOMAR (M.), « Un droit en équilibre », pp. 533-543 in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009.
De même, concernant la Chambre des Lords, Margit Cohn a mis en évidence les différentes tensions qui s'exercent dans chaque affaire, démontrant tant que les juges ne vont pas forcément toujours dans une seule et même direction (la protection des droits ou de l'intérêt public), mais aussi que le contexte joue nécessairement sur leur appréciation : COHN (M.), « Judicial activism in the House of Lords : a composite constitutionalist approach », *PL* 2007, pp. 95-115.
3868. KING (J.), « Institutional Approaches to Judicial Restraint », *op. cit.*, pp. 429-430.

entre deux cas similaires[3869]. De même, et du fait de l'évolution constante du contexte constitutionnel, deux cas peuvent être jugés différemment, à deux époques différentes. Il est en cela difficile de prévoir avec exactitude le résultat d'un litige, et de mettre en évidence ce qui est véritablement déterminant pour un juge[3870].

2. Une méthode souple et adaptable au contexte de l'affaire reflétant le pragmatisme des juges

L'argument conséquentialiste met en lumière que la résolution d'un cas difficile dépend non pas d'une solution qui se trouverait, par la force des choses, dans un raisonnement purement mécanique. Bien au contraire, elle découle d'une évaluation. Tout d'abord, une évaluation des règles de droit, de leur sens et de leur importance. Or, comme nous l'avons vu, les juges anglais et français usent de leur pouvoir d'interprétation avec parfois beaucoup de souplesse, afin de donner un sens adapté à la règle à appliquer. Cette dernière n'a pas nécessairement de sens prédéfini, et laisse toujours une certaine indétermination qu'il revient aux juges de compléter. Il n'y a pas de différences profondes ou de nature entre un cas facile à résoudre grâce à la règle de droit applicable, et un cas difficile[3871].

Ensuite, l'argument conséquentialiste met en évidence l'importance du contexte dans la résolution du cas. Celui-ci est composé des règles de droit, mais également des valeurs structurant l'ordre juridique (séparation des pouvoirs, souveraineté du Parlement...), des droits en cause, ainsi que des nécessités de l'action administrative. Ces éléments doivent être évalués, dans chaque cas, pour permettre de mesurer les conséquences qu'aura telle ou telle décision.

Enfin, il permet de prendre en compte le regard que portent les juges sur leur propre rôle. Cette appréciation fait partie des arguments conséquentialistes ; elle détermine la fonction des juges, ce qu'ils peuvent faire et ne pas faire, notamment vis-à-vis des autres pouvoirs, au regard du contexte constitutionnel. L'évaluation des éléments d'une affaire n'est donc pas totalement libre. Les conséquences d'une décision prises en compte ne sont pas uniquement celles portant sur l'affaire, mais également celles affectant l'ordre juridique en lui-même. En cela, il n'est pas étonnant que le Conseil d'État hésite moins que le juge anglais à s'immiscer dans les appréciations de l'administration. Le poids de la souveraineté parlementaire ainsi que les limites procédurales et techniques pèsent avec une force particulière sur la *judicial review.*

3869. MacCORMICK (N.), *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, pp. 246-255.
3870. JENKINS (I.), « The Framework of Legal Decision-Making », pp. 289-294 in *Le raisonnement juridique, Legal Reasoning, Die Juridische Argumentation*, *op. cit*.
3871. MacCORMICK (N.), *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, pp. 197-198.

Cette mise en balance traduit la dimension casuistique et particulièrement pragmatique du rôle des juges. Nous en avons déjà fait état, lorsque la question du critère d'identification du droit administratif a été abordée[3872]. La conclusion sur le contrôle même de l'administration renforce cette idée. Il faut toutefois ici la préciser, sous trois aspects notamment.

Le pragmatisme est entendu ici comme l'adaptation de la décision aux circonstances de l'espèce ; ou dit autrement comme le rejet de « la notion d'une connaissance préformée »[3873]. Dans cette optique, une solution est testée au regard de ses conséquences. Comme le relève Emmanuel Leroux, pour un pragmatique, « la vérité d'une assertion est *établie par la valeur de ses conséquences pratiques* »[3874]. Dès lors, l'approche est largement dépendante du contexte, et difficile à systématiser[3875]. Le pragmatisme renvoie alors à deux idées déjà mentionnées. Le juge peut adopter une décision au regard des considérations portant sur la situation de l'individu ; dans ce cas, ce sont les considérations d'équité, au sens français du terme, qui l'emportent[3876]. Elles se traduiront par un contrôle accru de la décision, notamment de proportionnalité, par le développement de principes protecteurs des droits ou par l'utilisation de l'interprétation législative. Il n'est besoin que de faire référence au développement des droits au sein de la *common law* ou encore de la décision *Gonzalez Gomez* du Conseil d'État[3877]. Mais, il peut également rendre sa décision en prenant en compte les nécessités propres à l'action administrative ; dans ce cas, le juge fait preuve d'une forme

3872. Voir *supra* : Partie I, Titre I, Chapitre I.
3873. LEROUX (E.), *Le pragmatisme Américain et Anglais. Étude historique et critique*, Librairie Felix Alcan, Paris, 1923, 429 pages, p. 257.
Jean de Soto affirmait en 1952, à propos du rôle du juge de l'excès de pouvoir dans l'interventionnisme économique : « toute une politique jurisprudentielle peut être menée en vue de la conciliation des principes et des exceptions. Politique pragmatique puisqu'elle doit tenir compte de la « densité d'interventionnisme » voulue par le législateur » (De SOTO (J.), « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », *EDCE* 1952, pp. 64-78, p. 65).
3874. *ibid*., p. 262.
3875. Ce que critique d'ailleurs Trevor Allan : ALLAN (T.R.S.), « Pragmatism and theory in public law », *LQR* 1988, pp. 422-447 ; « Doctrine and theory in administrative law : an elusive quest of the limits of jurisdiction », *PL* 2003, pp. 429-454.
3876. L'équité peut être une source d'inspiration de la jurisprudence, ce qui ne signifie pas que les jugements sont entièrement et uniquement structurés par des considérations d'équité, mais que celles-ci peuvent influencer la décision élaborée : CINTURA (P.), « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », *RIDC* 1972, pp. 657-676 ; AGOSTINI (E.), « L'équité », *Dalloz* 1978, pp. 7-12 ; MacCORMICK (N.), *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, pp. 97-99 ; BRAIBANT (G.), « Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration », pp. 100-105 in *Itinéraires, Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, Paris, 1982 ; FRYDMAN (P.), « Les considérations d'équité en droit administratif français », pp. 47-56 in *Justice, médiation et équité*, *colloque Droit et Démocratie*, sous la dir. de P. Frydman, *La Documentation française*, 1992 ; (M.), « Le juge administratif et l'équité en France », pp. 209-215 in *Les transformations de la justice administrative*, sous la dir. de J.-M. Woehrling, Economica, Paris, 1995 ; TASIOULAS (J.), « The paradox of Equity », *CLJ* 1996, pp. 456-469 ; COMBARNOUS (R.), « L'équité et le juge administratif », *Justices* n°9 1998, pp. 77-85 ; WASCHMANN (P.), « La jurisprudence administrative », pp. 563-598 in *Traité de droit administratif*, t. II, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, Dalloz, Paris, 2011.
Sur l'équité en général : voir le dossier consacré par la revue *Justice* à la « Justice et l'équité » (n°9, 1998).
Elle se distingue du terme *equity* en droit anglais qui s'est développé comme un système juridique concurrent de la *common law*. Les deux cohabitent aujourd'hui notamment depuis le *Judicature Act* de 183 et 1875 regroupant les cours d'*equity* et de *common law*, et donnant la primauté à la seconde sur la première. Voir : TUNC (A.), « L'Équité en droit anglais et en droit américain », *Justices* n°9 1998, pp. 123-129.
3877. FULCHIRON (H.), « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *Dalloz* 2016, pp. 1472-1476.

de mansuétude envers l'administration[3878]. Suivant le côté vers lequel penchent les plateaux de la balance, la décision sera empreinte de l'une ou de l'autre de ses considérations.

Cela ne signifie pas pour autant que chaque décision de justice est pragmatique. Rappelons-le, la mise en balance, si elle joue potentiellement dans chaque affaire, ne conduit pas toujours le juge vers une décision autre que celle que lui dicte la simple application du droit. Dans ce cas, la décision de justice sera marquée du sceau du respect de l'intégrité de l'ordre juridique. Elle ne fera que veiller au respect du droit. Mais, si les conséquences d'un raisonnement purement juridique tel que celui-ci paraissent inacceptables, alors le pragmatisme poussera les juges à en diminuer la rigueur ; citons pour des exemples déjà étudiés les affaires *Anisminic* ou encore *Dame Lamotte*. Raymond Odent considérait ainsi que, lors d'une évolution jurisprudentielle, « il faut […] savoir faire jouer en faveur d'une proposition de cette nature les réactions de bons sens, je dirai presque sentimentales, des membres de la formation de jugement, de leur sens de l'équité, leur souci de ne pas entraver l'action administrative »[3879]. C'est donc à un raisonnement finaliste que se livre ici le juge, afin de concilier « équité et bonne administration »[3880] ; ainsi, « ni le droit des individus ni la bonne administration ne règnent sans partage »[3881].

La méthode des juges apparaît ainsi avant tout, pragmatique, casuistique, reflétant la dimension existentialiste du droit, tant décriée en France[3882]. La jurisprudence est à la recherche

3878. Certains auteurs parlent également dans ce cas d'une forme d'équité. Ainsi pour Eric Agostini, à propos de l'arrêt *Couitéas* : « exception au droit dictée par une pesée des intérêts en concurrence, l'équité peut conduire ici à sacrifier le juste juridique en raison des inconvénients matériels qu'entraînerait son respect » (AGOSTINI (E.), « L'équité », *op. cit.* p. 12). Nous préférons, pour éviter toute confusion, cantonner ce terme aux seuls cas dans lesquels le juge décide favorablement à l'individu.
Voir : FAVOREU (L.), « Le Conseil d'État, défenseur de l'exécutif », pp. 237-255 in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991.
3879. ODENT (R.), « De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas », *EDCE* 1962, pp. 43-49, p. 44.
3880. ROUVILLOIS (F.), « Le raisonnement finaliste du juge administratif », *RDP* 1990, pp. 1817-1857, p. 1846.
3881. DALY (P.), « Administrative Law : Characteristics, Legitimacy, Unity », *op. cit*., p. 21.
Voir également : KING (J.), « Institutional Approaches to Judicial Restraint », *op. cit.*, p. 427 : les droits sont mis en balance avec les buts poursuivis par l'administration.
La même idée est exposée par Paul Craig : CRAIG (P.), « Theory and Values in Public Law : A Response », voir p. 37 in *Law and Administration in Europe. Essays in Honour of Carol Harlow*, sous la dir. de P. Craig et R. Rawlings, *op. cit.*
Voir aussi, à propos de cette idée entre le respect du droit et le maintien du pouvoir discrétionnaire de l'administration dans les idées de Dicey : ARTHURS (H.W.), « Rethinking Administrative Law : A Slightly Dicey Business », *Osgoode Hall Law Journal* 1979, pp. 1-45, notamment pp. 22-45.
3882. Pour un lien entre pragmatisme et empirisme, voir : LEROUX (E.), *Le pragmatisme Américain et Anglais. Étude historique et critique*, F. Alcan, Paris, 1922, 333 pages, pp. 14-18.
Pour Raymond Odent, « l'examen de la jurisprudence administrative actuelle donne à penser que cette jurisprudence est beaucoup plus empirique et pragmatique que doctrinaire : ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 51.
Sur l'existentialisme, comme philosophie : HUISMAN (D.), *Histoire de l'existentialisme*, Armand Colin, Paris, 2005, 128 pages.
Sur l'existentialisme juridique : CHENOT (B.), « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE* 1950, pp. 77-83 ; « L'Existentialisme et le Droit », *RDP* 1953, pp. 57-68 ; POULANTEAS (N.), « Notes sur la phénoménologie et l'existentialisme juridique », *Archives de Philosophie du Droit* 1963, pp. 213-235.

continuelle « « du point d'équilibre » que l'on désire établir entre les droits de l'Administration et les droits des citoyens », et qui définit le contenu de la légalité, en France et en Angleterre[3883]. Compris comme une conception du droit libéré de tout présupposé et en grande partie construit par les juges, c'est-à-dire l'observateur, l'existentialisme ne conduit pas à l'arbitraire du juge. Il permet avant tout de traduire cette idée que la légalité se construit en partie dans chaque affaire, au regard des éléments de contexte. Ces derniers aident à donner sens au droit. Le juge « ne peut pas s'enfermer dans un système ; c'est un praticien ; il n'aborde pas les problèmes théoriques dans l'abstrait ; il les évoque à l'occasion de litiges qui posent des difficultés concrètes dans une situation de fait déterminée et qu'il doit résoudre dans des conditions acceptables »[3884]. La décision du juge n'est pas pour autant libérée des contraintes, puisqu'elle doit être conforme aux principes mouvants de l'ordre juridique. Le droit n'est pas déconstruit puis reconstruit à chaque litige, seulement il n'est pas toujours certain qu'il apporte la réponse pertinente. Les circonstances peuvent pousser le juge à lui donner un sens différent, et ce, dans une démarche pragmatique. En effet, « précaire », l'équilibre au sein du droit « n'est pas instable : il est dynamique », et c'est ainsi qu' « en fonction de l'évolution des règles de droit et des circonstances de fait, du contexte social, des rapports de force institutionnels, les points d'équilibre peuvent – doivent – être modifiés »[3885]. Toutefois, les circonstances ne sont pas à chaque fois radicalement différentes : d'un cas à un autre, l'ordre juridique reste globalement le même, tout comme le contexte social, de valeurs... Admettre le caractère existentialiste du droit ce n'est pas prêcher pour son instabilité, mais son adaptation aux évolutions lentes du système. Ce n'est pas non plus mettre à bas toute forme de conceptualisation, mais en reconnaître avant tout le caractère fictif, évolutif et le maniement utilitariste que peut en faire le juge. Bernard Chénot, défenseur de la vision existentialiste, notait ainsi : « le travail du juge quelle que soit sa juridiction peut être suivi dans deux perspectives très différentes : sa décision qui

Pour une critique : RIVERO (J.), « Apologie pour les « faiseurs de système » », *Dalloz* 1951, pp. 99-102 ; WALINE (M.), « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », pp. 359-371, notamment pp. 370-371 in *Mélanges Jean Dabin*, t. II, Bruylant, Bruxelles, 1963.

3883. LETOURNEUR (M.), « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *EDCE* 1962, pp. 51-62, p. 51 ; GUYOMAR (M.), « Un droit en équilibre », pp. 533-543 in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, *op. cit*.

3884. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. I., *op. cit.*, p. 52.

C'est ainsi que, récemment, dans un avis, le Conseil d'État a précisé que le juge de l'excès de pouvoir devait « apprécier au cas par cas, en fonction des circonstances particulières de chaque espèce, si une urgence absolue a fait obstacle à ce que la décision comporte une motivation même succincte » (CE, avis, Ass., 6 juillet 2016, *Napol et autres*, (cons. N°3) rec. 320, concl. Bourgeois-Machureau ; *AJDA* 2016, pp. 1635-1641, chron. L. de Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; GAJA 21e éd., n °118). L'avis portait sur le contrôle des mesures de perquisition prises dans le cadre de l'état d'urgence.

3885. GUYOMAR (M.), *ibid.*, p. 534.

Ainsi, le droit ne peut pas être « fixe à l'excès » car sinon « il perd sa raison d'être qui est d'accompagner le mouvement social, l'encadre souvent, le précéder parfois » (*ibid*., p. 536).

Une même idée est défendue par Paul Daly, pour qui le droit est « dynamique », car il s'adapte à l'évolution des valeurs et leurs rapports, et ce, de façon casuistique et sans rupture : « Administrative Law : Characteristics, Legitimacy, Unity », *op. cit.*, pp. 13-15 ; « Administrative Law : A Values-based Approach »,notamment pp. 24-26 in *Public Law Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell et al., *op. cit.*

parfois procède d'un choix suit le plus souvent un automatisme »[3886]. La stabilité est donc assurée. Seulement, à la différence ce que pouvait affirmer Marcel Waline, le juge n'est pas comme le médecin[3887]. La maladie existe indépendamment de l'homme, ce qui n'est pas le cas du droit, largement ancré dans un contexte social. Dès lors, il nous paraît impossible de soutenir l'affirmation récente d'un membre de la juridiction administrative pour lequel « les positions défendues par Bernard Chenot sont aujourd'hui devenues caduques »[3888]. Bien au contraire, au-delà des catégorisations, ce qui transparaît dans les jurisprudences c'est avant tout un raisonnement fondé sur des arguments conséquentialistes, tourné vers la recherche constante d'un équilibre précaire.

La mise en balance des éléments est générale. Elle se retrouve dans tous les pans des recours : dans son régime, mais aussi dans le contrôle qu'exercent les juges, et les décisions qu'ils prennent à travers eux. Le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* révèlent la recherche d'un certain équilibre entre ces considérations, qui en justifie et légitime l'importance.

3886. CHENOT (B.), « L'Existentialisme et le Droit », *op. cit.*, p. 64.
3887. WALINE (M.), « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », *op. cit.*, pp. 370-371.
3888. GUYOMAR (M.), « Le chœur à deux voix : dissonances et résonances », pp. 91-95, voir p. 95 in *Le professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, sous la dir. de F. Mélin-Soucramanien et F. Melleray, Dalloz, Paris, 2012.

Section II. La mise en balance des éléments du litige : des jurisprudences casuistiques et pragmatiques en faveur de l'administration

La mise en balance des éléments garantit une approche souple de la résolution des affaires. Comme nous l'avons démontré, la résolution des litiges est dépendante du contexte, et ce, dans une approche pragmatique de l'office des juges. Insister sur ce point permet alors d'éclairer les jurisprudences sous un jour nouveau. Plus exactement, il devient possible de mettre en évidence que la plupart des jurisprudences récentes ne peuvent pas s'interpréter uniquement dans le sens d'une meilleure protection des individus. La seule insistance sur la protection des individus ne permet pas de rendre compte de la portée de l'office des juges, mais également des techniques qu'ils ont développées au fil du temps. Il est nécessaire de reprendre plusieurs des éléments déjà envisagés pour démontrer que, d'un bout à l'autre de la chaîne contentieuse, le juge de l'excès de pouvoir et le juge de *judicial review* sont davantage intéressés par la conciliation des éléments. Plus précisément, par ces deux recours, c'est à une conciliation particulière qu'arrivent les juges. Les critiques faisant état des carences qu'ils peuvent connaître s'en trouvent de fait relativisées, si ce n'est remises en cause. En effet, les limites dans l'office des juges n'en sont pas véritablement. Comme nous le verrons, celles-ci doivent avant tout s'analyser comme des marques d'un certain respect envers la nécessaire liberté dont doit disposer l'administration. Elles sont légitimes et démontrent toute la spécificité du contrôle exercé par le biais de ces deux recours. La recherche de conciliation entre contrôle et respect de l'action administrative se fait jour tant dans le régime des recours (I.) que dans l'adaptation du droit dans sa substance (II.).

I. L'adaptation du régime des recours aux nécessités de l'action administrative

Le développement des doctrines orientées vers une la protection des droits fait état d'une adaptation des recours à cette mission. En cela, les juges accepteraient d'opérer quantitativement plus de contrôle et seraient plus intéressés par l'impact de leurs décisions sur les individus. Ces deux affirmations, déjà mises en évidence ne seront pas remises en cause ; elles doivent toutefois être limitées et tempérées. Pour cela, il faut reprendre ces deux idées. Il faut ainsi démontrer que l'extension de la possibilité d'introduire un recours juridictionnel ne garantit pas nécessairement une meilleure protection pour l'individu et peut permettre d'identifier encore certains îlots de protection favorable à l'administration (A.). De même, la diversification des pouvoirs des juges ne peut être

analysée uniquement comme une prise en compte des préoccupations des requérants, ou même des individus en général. Des deux côtés de la Manche, la prise en compte des nécessités de l'action administrative a conduit également au développement de techniques permettant d'atténuer la rigueur des conséquences de la reconnaissance de l'illégalité des actes administratifs. Les juges sont ici avant tout préoccupés par les effets de leurs décisions sur l'administration (B.).

A. La limitation de la possibilité d'introduire un recours, garantie contre l'excès de contrôle

L'ouverture croissante du recours pour excès de pouvoir ou de la *judicial review* n'est pas un signe nécessairement positif pour l'administration. Constamment sous le coup de cette épée de Damoclès que constitue la décision juridictionnelle, elle peut n'être jamais sûre que son action, élaborée pour le long terme, pourra perdurer. Un autre danger pèse sur elle : celle d'une mauvaise compréhension, par les juges, de sa décision ou de la volonté qu'elle y exprime, et qui prend son sens au regard de données qu'ils peuvent avoir du mal à connaître et maîtriser. L'augmentation des recours pèse sur l'action administrative. En conséquence, les juges évitent de trop ouvrir leur prétoire. Cette auto-limitation, visant à ne pas harasser l'administration, se traduit par la persistance d'actes inattaquables (1.) mais aussi par l'admission de limites procédurales entourant l'action en justice (2.).

1. Les actes inattaquables, signe d'une volonté de laisser libre l'exécutif

Le cas des actes de gouvernement et des questions injusticiables a déjà été largement abordé antérieurement[3889]. Le constat dressé alors faisait état d'une diminution claire des décisions ne pouvant faire l'objet d'un recours. Toutefois, il faut constater la persistance de l'existence d'actes inattaquables. Que ce soit pour les actes de gouvernement (a.) ou des questions injusticiables (b.), il est nécessaire de comprendre pourquoi ils sont maintenus, malgré les évolutions constantes, et promues par l'État de droit et la *rule of law.*

3889. Voir *supra* pour leur diminution : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II.

a. La justification des actes de gouvernement en droit français : la volonté du juge de ménager une part de liberté à l'exécutif

La catégorie des actes de gouvernement est justifiée par deux éléments.

Tout d'abord, elle permet de garantir une certaine liberté à l'exécutif, dans des domaines considérés comme de grande importance. Cet argument revient très tôt dans les études des actes de gouvernement. Dès 1849, Vivien notait déjà plusieurs éléments allant contre la soumission des actes de gouvernement au contrôle juridictionnel : « dans un gouvernement représentatif, sous le principe de responsabilité, il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent les droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir politique. Les rendre justiciables du tribunal administratif, *ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun* et créer dans l'État un pouvoir nouveau qui menacerait tous les autres »[3890]. La similitude avec l'idée de « déférence constitutionnelle » est ici frappante. Dans sa note sur l'arrêt *Rouzier*, Gaston Jèze relevait, pour ce qui concerne les actes de gouvernement existant dans le domaine des relations diplomatiques que les juges « estiment qu'en ces matières, il convient de laisser aux autorités publiques une grande liberté d'action »[3891]. Cet argument a été considéré par Bruno Genevois comme ayant une certaine force, car la jurisprudence portant sur les actes de gouvernement « a pour but notamment d'éviter que la liberté de manœuvre du gouvernement dans ses relations diplomatiques ne soit gênée »[3892]. Récemment encore, dans sa thèse, Antoine Claeys pouvait considérer que « le juge s'autolimite lorsqu'il estime que son contrôle risquerait d'entraver la bonne marche de l'État qui exige que les autorités exécutives disposent d'une certaine autonomie dans la conduite des plus hautes affaires internes et internationales »[3893]. Cela revient à dire qu'en s'abstenant de contrôler certains actes, le juge administratif considère que « les pouvoirs publics aient légitimement besoin d'avoir les mains libres »[3894]. Ainsi, la possibilité pour le président de la

3890. Propos cités par Laferrière : LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative*, 2e éd., t. II, *op. cit.*, p. 33 (C'est nous qui soulignons).
3891. TC, 25 mars 1911, *Rouzier*, rec. 392 ; *RDP* 1911, pp. 663-684, citation pp. 663-664, note G. Jèze.
3892. Conclusions sur l'affaire *Sieur Vo Thanh Nghia* (CE, Sect., 22 décembre 1978, rec. 523 ; *AJDA* 1978, pp. 36-38, p. 38).
3893. CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, thèse, *op. cit*., p. 200.
Voir dans le même sens : AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, t. I, LGDJ, Paris, 1984, 1014 pages, pp. 167-168.
3894. CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, p. 949. Cette citation est reprise, sans marque de désapprobation, par Emmanuel Glaser dans ses conclusions sur l'arrêt *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine et autres* (CE, Ass., 7 novembre 2008, rec. 399, concl. Glaser, voir p. 403). Dans le même sens : GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, Paris, 1972, ré-impression LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2014, 321 pages, pp. 190-192.
Voir également pour une vision nuancée de cet élément : LOSCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, pp. 38-39 ; MESTRE (A.), *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, Paris, 1974, 312 pages, pp. 120-126.

République d'user de l'article 12, 11 ou 16 de la Constitution vise « à lui permettre d'intervenir, selon la formule qui *lui paraît la mieux appropriée* (dissolution, référendum ou exercice des pouvoirs spéciaux) dans l'agencement des pouvoirs constitutionnels »[3895]. La liberté totale de choix laissée par les textes ne peut, ni ne doit, être entravée par les juges. Un contrôle, dans un tel domaine, ne pourrait qu'introduire des contraintes et lenteurs préjudiciables à l'action de l'exécutif.

Ensuite, la catégorie des actes de gouvernement reflète la conception que le juge se fait de son office. En s'interdisant d'en connaître, le Conseil d'État signifie par la même qu'il n'a pas la capacité de le faire. En plus de ne pas vouloir contrôler, il ne le peut. C'est en cela aussi qu'il est « incompétent ». Plusieurs postulats peuvent justifier cette position du juge de l'excès de pouvoir.

Il peut s'agir d'une incompétence institutionnelle. Le Conseil d'État ne se sent alors par armé pour défier l'exécutif dans un domaine sensible. Le principe de séparation des pouvoirs vient en renfort de cette idée. Il serait incongru que le juge puisse contrôler l'exécutif, voire l'obliger à prendre certaines décisions tant dans la sphère constitutionnelle qu'internationale. Cette idée est ainsi résumée par Georges Vedel et Pierre Delvolvé : le juge « ne s'estime pas assez fort pour affronter sur ce terrain l'exécutif »[3896]. Elle se reflète dans la proposition des auteurs visant à consacrer, en partie, la compétence du juge constitutionnel. D'une part, il est plus à même de contrôler les décisions prises dans le domaine constitutionnel. D'autre part, tous les actes ne lui seraient pas soumis, certains restant irrémédiablement injusticiables[3897]. Ces derniers relèveraient alors d'un contrôle purement politique.

L'incompétence du Conseil d'État peut découler d'une carence dans le référentiel normatif. Plus précisément, reflétant un très grand pouvoir discrétionnaire, les actes de gouvernement ne peuvent être soumis à aucune norme. Le contrôle serait, en ce sens, inutile, ou faiblement utile. Là encore, il est patent qu'un auteur militant pour l'introduction du contrôle par le Conseil constitutionnel précise, dans le même temps, que celui-ci ne pourra « sans excéder la sphère proprement juridictionnelle de ses attributions, connaître des questions politiques »[3898]. Agir autrement reviendrait pour lui « à s'arroger un pouvoir de décision politique que l'ordre juridique n'a entendu reconnaître qu'à l'organe compétent pour prendre l'acte objet du contrôle »[3899]. Il ne pourrait

3895. CE, 20 février 1989, *M. Allain*, rec. 60 ; *RFDA* 1989, pp. 868-870, concl. Frydman, p. 869 (C'est nous qui soulignons).
3896. VEDEL (G.) et DELVOLVE (O.), *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, Paris, 280 pages, p. 99.
3897. En ce sens : FAVOREU (L.), « Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement », pp. 607-616 in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, *op. cit.*
3898. CARPENTIER (E.), « L' « acte de gouvernement » n'est pas insaisissable », *RFDA* 2006, pp. 661-677, p. 675.
3899. *idem*.

ainsi qu'exercer un contrôle très restreint sur ces actes, limité à la forme[3900]. Pour ce qui est du fond, le contrôle devrait rester politique, c'est-à-dire exercé par des organes avant tout de cette nature. Les conclusions sur l'arrêt *Mme Ba* sont révélatrices. Le commissaire du Gouvernement Salat-Baroux les a orientées dans le sens d'une ouverture du recours pour excès de pouvoir contre les décisions de nomination des membres du Conseil constitutionnel[3901]. Bien qu'il n'ait pas été suivi par le Conseil d'État, ses conclusions illustrent parfaitement la forte teneur en pouvoir discrétionnaire des actes de gouvernement. Justifiant toutefois leur compatibilité avec l'État de droit, il interroge l'intérêt même d'un contrôle juridictionnel dans de pareils cas en demandant : « quelle est l'utilité de l'intervention d'un juge pour examiner un litige concernant la légalité d'un acte touchant à des matières essentiellement politiques et pour lesquelles les questions juridiques qui pourraient se poser sont au mieux secondes ? »[3902]. Elle serait bien évidemment faible. Dès lors, « c'est le réalisme qui conduit à considérer que dans les rapports entre les pouvoirs institutionnels dotés d'instruments d'action politique et sur des questions également de haute politique, l'intervention du juge serait au mieux inutile »[3903]. Même en concluant favorablement au contrôle du juge de l'excès de pouvoir, le commissaire du Gouvernement ne pouvait que se résoudre à proposer un contrôle des plus restreint sur la décision de nomination, « acte purement discrétionnaire »[3904]. Ces conclusions sont d'un grand intérêt selon nous, notamment parce qu'elles n'ont pas été suivies par le Conseil d'État. Malgré sa volonté d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir, la nature profonde de l'acte ne peut être niée. L'intérêt de permettre un recours, dans un tel cas, est d'une faible utilité, pour reprendre l'idée même du commissaire du Gouvernement. Pierre Serrand le souligne d'ailleurs dans sa note sur cet arrêt. L'exercice des fonctions donnant naissance aux actes de gouvernement « est ainsi laissé à la discrétion de leur titulaire »[3905]. Dès lors, « l'acte de gouvernement apparaît […] moins comme un acte d'exécution d'une norme que comme une véritable décision, comme une décision politique et discrétionnaire »[3906]. Il est donc rétif, par nature, au contrôle juridictionnel. La liberté de son auteur s'y exprime pleinement.

Bien évidemment, l'incompétence institutionnelle et l'absence de référentiel normatif jouent fréquemment ensemble. Dans les domaines hautement sensibles ou affectés d'une connotation politique forte, l'autorité compétente dispose nécessairement d'un grand pouvoir discrétionnaire. La

3900. *ibid*, p. 676.
3901. CE, Ass., 9 avril 1999, *Mme Ba*, rec. 124 ; *RFDA* 1999, pp. 566-577, concl. Salat-Baroux ; *Dalloz* 2000, pp. 335-340, note P. Serrand.
3902. *ibid*., p. 570.
3903. *ibid*., pp. 573-574. Voir également : LOSCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit*., pp. 39-40.
3904. *ibid*., p. 576.
3905. *Dalloz* 2000, précité, p. 339.
3906. *idem*

remise en cause du mobile politique pour définir l'acte de gouvernement n'empêche pas de constater qu'il est pris dans de tels domaines. Comme le relevait Laferrière, « ce qui domine dans l'acte de gouvernement c'est donc son caractère politique »[3907]. La liberté de l'administration est consubstantielle à ce domaine. Le juge de l'excès de pouvoir ne peut donc y pénétrer.

Les actes de gouvernement expriment une auto-limitation du juge. Ce point est encore démontré par la réduction de cette catégorie d'actes par le biais des actes détachables. En usant de cette technique, le juge affine son regard afin de déterminer plus précisément ce qu'il se sent capable de contrôler. Les actes de gouvernement permettent d'éviter certaines difficultés. Le contrôle, en l'absence de normes enserrant l'acte, serait exercé par un juge entrant avec réticence dans un domaine qu'il ne maîtrise pas, et où la politique prend le pas sur le droit. Ces explications nous paraissent mieux expliquer les motifs normatifs sous-tendant cette catégorie d'actes. L'idée de la séparation entre une fonction gouvernementale et une fonction administrative avancée par René Chapus n'est pas totalement convaincante[3908]. Elle ne peut expliquer la diminution progressive des actes de gouvernement. En revanche, comme illustration d'une auto-limitation du juge, caractérisée par la reconnaissance d'une part de sa plus faible compétence technique et d'autre part de la nécessité de laisser une forme de liberté à l'exécutif, la catégorie des actes de gouvernement peut être mieux comprise[3909].

b. L'injusticiabilité des actes d'État en droit anglais : la volonté de préserver la liberté du Gouvernement dans les relations internationales

La détermination du caractère justiciable d'une question a remplacé la méthode d'exclusion des actes de toute *judicial review*. D'une part, la définition de ce qui est ou non justiciable est largement casuistique, et dépend en grande partie de l'impact de la décision sur l'individu. Plus celui-ci est fort, plus la question pourra être facilement considérée comme justiciable et la *judicial*

3907. LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative*, 2e éd., t. II, *op. cit.*, p. 34.
A contrario, voir les conclusions rendues dans l'affaire *Gombert*, dans lesquelles le commissaire du Gouvernement Célier conteste un quelconque lien entre la nature politique de l'acte et sa qualification d'acte de gouvernement (CE, 28 mars 1947, rec. 138, conclusions au *Sirey* 1947, pp. 89-94).
3908. CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, pp. 947-960 ; « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *Dalloz* 1958, pp. 5-10 ; VENEZIA (J.-C.), « Éloge de l'acte de gouvernement », pp. 723-731 in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, *op. cit*.
3909. Comme l'affirment deux auteurs, « conformément au principe de *conciliation* entre les intérêts de l'administration et les droits des administrés, le juge administratif souhaite laisser une marge importante de manœuvre pour un certain type de décisions « politiques », dans les domaines sensibles, là où, le plus souvent, aucune raison juridique n'interdit d'exercer un contrôle juridictionnel » (FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, 10e éd., LGDJ, Paris, 2015, 646 pages, p. 338).

review admise. D'autre part, ce qui justifie le caractère non justiciable d'une question ce n'est pas tant sa nature que le constat du manque de légitimité ou de compétence des juges à en connaître. Ainsi, ce qui se reflète ici c'est une expression poussée à l'extrême de la doctrine de la déférence[3910]. Certaines affaires ont pu mettre en évidence que l'injusticiabilité d'une décision prise dans le cadre des relations internationales découlait du manque de compétence constitutionnelle des cours, notamment au regard de la séparation des pouvoirs[3911]. Un tel constat emporte deux conséquences.

En premier lieu, les juges peuvent refuser une demande de *judicial review* au motif qu'un contrôle juridictionnel conduirait à nuire aux bonnes relations internationales du Royaume-Uni. Dans ce cas, les juges vont privilégier la compétence de l'exécutif dans ce domaine, et vont éviter de remettre en cause son pouvoir discrétionnaire. Nous avons vu que dans l'affaire *Carlile*, la volonté des juges de ne pas entraver les relations avec l'Iran les a conduits à ne pas remettre en cause la décision de l'exécutif de refuser l'entrée d'une dissidente iranienne[3912]. Dans l'affaire *Noor Khan*, le requérant contestait la validité de la décision du ministre de communiquer des informations aux autorités américaines afin qu'elles puissent opérer des frappes par le biais de drones au Pakistan[3913]. Plus exactement, il critiquait la légalité de cette pratique au motif qu'elle conduisait le Royaume-Uni à se rendre coupable de complicité de meurtre. Lord Dyson relève que certains jugements récents ont pu s'appuyer sur l'idée qu'un contrôle des actes pris dans les relations internationales pourrait conduire à nuire à ces relations[3914]. Cet élément est à la base de la question de la justiciabilité d'un acte dans le cadre de la *judicial review*[3915]. Or, en l'espèce, selon le Lord, il joue avec une force particulière puisque faire droit à la demande du requérant serait perçue par les autorités américaines comme la reconnaissance que l'opération militaire américaine est constitutive

3910. Timothy Endicott parle de « déférence massive » : *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 250-272.
Pour Paul Daly, la justiciabilité se dédouble en deux questions : celle de la compétence d'une cour pour connaître d'une affaire et celle, qualifiée de « politique », portant sur la capacité de la cour à résoudre la question. Aujourd'hui, selon l'auteur, la première question, donnant lieu à ce que soient identifiés des actes inattaquables, n'existe plus ; la seconde en revanche est toujours pertinente, et influe sur l'intensité du contrôle juridictionnel : DALY (P.), « Justiciability and the « political question » doctrine », *PL* 2010, pp. 160-178, et notamment pp. 173-174 concernant le lien avec la déférence.
Voir également : WILLIAMS (D.G.T.), « Justiciability and the Control of Discretionary Power », pp. 103-122 in *Judicial Review of Administrative Action in the 1980s. Problems and Prospects*, sous la dir. de M. Taggart, *op. cit.* ; POLLARD (D.), « Judicial review of Prerogative Power in the United Kingdom and France, pp. 297-320 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, *op. cit* ; McGOLDRICK (D.), « The boundaries of justiciability », *ICLQ* 2010, pp. 981-1019.
3911. Voir sur ce point le jugement de Lord Mance dans l'affaire *Belhaj v. Straw* ([2017] UKSC 3, notamment [43]).
3912. *R. (on the application of Carlile of Berriew QC) v. Secretary of State for the Home Department* [2014] UKSC 60.
3913. *R. (on the application of Noor Khan) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2014] EWCA Civ 24.
3914. [27]. Le Lord cite la décision *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co* ([2012] EWCA Civ 855).
Voir également : *R. (on the application of Campaign for Nuclear Disarmament) v. Prime Minister* [2002] EWHC 2777, [47] (Simon Brown LJ).
3915. [28].

d'un meurtre, et est illégale[3916]. En somme, une telle décision serait considérée comme une condamnation de la politique américaine et nuirait aux relations internationales du Royaume-Uni.

Toutefois, un tel argument ne joue pas de façon déterminante. Lord Mance a ainsi précisé récemment que l'idée qu'un contrôle juridictionnel puisse porter atteinte à la bonne conduite des relations internationales ne pouvait conduire à octroyer à l'exécutif un « blanc seing » : « les conséquences sur les relations internationales peuvent être un élément nécessaire pour résoudre la question de la justiciabilité »[3917]. En somme, l'approche est bien casuistique et contextuelle.

En second lieu, lorsque la question de la justiciabilité est résolue en faveur du requérant, le contrôle juridictionnel sera d'une intensité faible[3918]. Les juges feront preuve, dans leur contrôle, d'une grande déférence. Nous en avons déjà vu des exemples avec les affaires *Abbasi* et *Al-Rawi* : si les juges admettent le principe d'un contrôle lorsque la décision affecte les droits fondamentaux, celui-ci ne peut être que très restreint, ne permettant la censure que des erreurs les plus graves, au motif que le Gouvernement possède ici un large pouvoir discrétionnaire[3919]. Les contraintes pouvant peser sur l'action de l'exécutif dépendront en grande partie des faits de chaque affaire[3920]. Le même constat peut être opéré en droit purement interne. Depuis la décision *GCHQ*, les juges peuvent connaître des questions portant sur la sécurité nationale, et ce, même si les décisions sont prises en vertu de la prérogative royale. Toutefois, la Haute Cour a récemment rappelé que dans les domaines difficiles, tant politiquement que techniquement, comme la sécurité nationale, la défense ou les relations internationales, les juges ne doivent pas exercer un contrôle trop poussé[3921]. Les éléments de déférence institutionnelle et constitutionnelle jouent avec beaucoup de force. Dès lors, la décision du ministre de placer des missiles sur le toit d'un immeuble durant les Jeux Olympiques, afin de protéger l'espace aérien anglais, ne peut faire l'objet que d'un contrôle très limité.

3916. [37].

3917. *Belhaj v. Straw* [2017] UKSC 3, [41].
Voir également : *R. (on the application of Corner House Research) v. Director of the Serious Fraud Office* [2008] UKHL 60.

3918. GREY (J.H.), « Discretion in Administrative Law », *Osgoode Hall Law Journal* 1979, pp. 107-132, notamment 120-128 ; EWING (K.D.), « The Futility of the Human Rights Act », *PL* 2004, pp. 829-852 ; WALLINGTON (P.), « Discretion and Duty : the Limits of Legality », pp. 117-167 notamment pp. 128-133 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; COHN (M.), « Judicial review of non-statutory executive powers after Bancoult : a unified anxious model », *PL* 2009, pp. 260-286.

3919. Voir pour une affirmation très claire en ce sens : *R. (on the application of Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ 1598, [106] (Lord Phillips) ; *R. (on the application of Al-Rawi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2006] EWCA Civ 1279, [148] (Laws LJ).

3920. *R. (on the application of Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ 1598, [106] (Lord Phillips). Plus l'exécutif étudie avec minutie la demande du ressortissant demandant aux autorités britanniques de l'aide, plus les juges seront enclins à considérer le refus comme légal.
Voir : SALES (P.), « Crown Powers, the Royal Prerogative and Fundamental Rights », pp. 361-394 in *The Scope and Intensity of Substantive Review. Traversing Taggart's Rainbow*, sous la dir. de H. Wilberg et M. Elliott, *op. cit*.

3921. *R. (on the application of Harrow Community Support Ltd) v. Secretary of State for Defence* [2012] EWHC 1921, [24] – [26] (Haddon-Cave J).

Cela signifie que, dans certains cas, les juges ne montreront aucune déférence : tel est le cas lorsque la question à résoudre tombe dans le domaine d'expertise des juges. Il en va ainsi de l'interprétation d'une Constitution d'un État, afin de déterminer si la détention décidée par les forces britanniques d'un individu sur le sol de ce pays y est conforme ou non ; cela implique seulement une question d'interprétation, ne conduit pas à remettre en cause ni à porter d'appréciation sur le texte constitutionnel en lui, et concerne la protection procédurale des droits fondamentaux d'un individu[3922]. Ces éléments vont dans le sens d'un contrôle plus poussé du juge.

2. La protection de l'administration par le respect des délais des recours

Le régime du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* est particulier. Les conditions les entourant se révèlent, pour certaines d'entre elles particulièrement restrictives. En s'appuyant sur elles, les juges peuvent juguler le flux contentieux et ainsi éviter que pèse trop longtemps sur l'administration l'incertitude d'une annulation. En particulier, le juge de l'excès de pouvoir (a.), et de *judicial review* (b.) peuvent utiliser les délais entourant les recours pour protéger la continuité de l'action administrative[3923].

a. La garantie par la modulation des délais au sein du recours pour excès de pouvoir

Un des moyens pouvant aider l'administration à remplir sa tâche c'est de ne la soumettre à aucun contrôle. Libérée des emprises du droit, elle agirait plus facilement. Évidemment intolérable dans un État de droit, cette solution doit être rejetée. Néanmoins, cela n'exclut pas que certaines limites soient posées au droit au recours. Elles permettent alors de ménager à la fois un droit à contester devant le juge la légalité de l'acte, tout en évitant des recours trop nombreux. Dès lors, toute action menée dans le but de diminuer le nombre de recours peut s'appuyer sur cet argument.

Le délai fixé au recours pour excès de pouvoir a vocation à préserver l'action administrative. Il permet d'éviter des recours tardifs et garantit la sécurité juridique. Sa durée très faible de deux mois se justifie aussi par « l'impératif d'efficacité de l'activité administrative »[3924]. Sans ce délai

3922. *Al-Jedda v. Secretary of State for Defence* [2010] EWCA Civ 758 [74] (Arden LJ) et [174] (Dyson JSC).
3923. L'intérêt à agir, surtout en France, et la procédure de permission en Angleterre, peuvent également avoir ce rôle.
3924. CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, p. 267.

court, « le fonctionnement normal des services publics risquerait d'être entravé si des menaces d'annulation pesaient trop longtemps sur l'administration »[3925]. Tout comme l'intérêt à agir d'ailleurs, il est une création jurisprudentielle[3926]. C'est notamment par l'arrêt *d'Andigné de Restau*, rendu le 5 juin 1862, que le Conseil d'État étend le délai de trois mois prévu par l'article 11 du décret du 22 juillet 1806, concernant les recours contentieux, au recours pour excès de pouvoir[3927]. Il est tout à fait remarquable de relever que, quelques mois avant cet arrêt, le commissaire du Gouvernement L'Hopital militait déjà pour la limitation dans le temps de la possibilité de faire un recours pour excès de pouvoir dans des termes toujours très actuels. Il relevait ainsi que « s'il y a un intérêt d'ordre public à ce que les excès de pouvoir puissent toujours être réprimés, il y a un intérêt d'ordre public aussi à ce que les situations faites et acceptées par les parties depuis longtemps ne puissent être éternellement dérangées sur la provocation de l'une d'elles »[3928].

L'arrêt *Czabaj* est une illustration récente du rôle joué par le délai du recours dans la conciliation de l'ouverture du recours et la préservation des relations juridiques établies[3929]. Le titulaire d'une pension, versée depuis vingt-cinq ans, en conteste la légalité par la voie d'un recours pour excès de pouvoir. La décision étant mal notifiée, le délai de recours contentieux était censé courir encore[3930]. Opérant un revirement de jurisprudence sur cette question, le Conseil d'État estime que lorsque la notification ne comporte pas, de façon correcte, la mention des délais et des voies de recours, le destinataire de la décision ne peut l'attaquer que dans « un délai raisonnable ». Une telle restriction évite qu'un recours tardif « ne mette en péril la stabilité des situations juridiques et la bonne administration de la justice, en exposant les défendeurs potentiels à des recours excessivement tardifs ». L'article R. 421-5 du Code de la justice administrative est très clair: « les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision ». En décidant autrement, le Conseil d'État crée une dérogation prétorienne dans le cas où la demande provient du bénéficiaire de l'acte. En l'espèce, la demande du requérant visait, *in fine*, à réévaluer sa pension à compter du 1er janvier 2010. En limitant ce type de demande, la décision permet d'

3925. ODENT (R.), *Contentieux administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 821.
3926. NEGRIN (J.-P.), *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1976, 208 pages, pp. 89-90.
3927. AUBERT (C.), *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, thèse, Pfeiffer et Assant, Alger, 1937, 189 pages.
Ce délai sera ramené à deux mois par l'article 24 de la loi du 13 avril 1900. Il est aujourd'hui codifié, pour toutes les juridictions administratives et tous les recours, à l'article R. 421-1 du Code de justice administrative.
3928. CE, 20 mars 1862, *Villes de Châlons c. Navarre*, rec. 234, concl. L'Hopital, citation p. 236.
3929. CE, Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, rec. 340, concl. Henrard ; *RFDA* 2016, pp. 927-942, concl. O. Henrard ; *AJDA* 2016, pp. 1629-1635, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; p. 1769, trib. F. Julien-Lafferière ; *JCP A* 2016, pp. 27-31, note H. Pauliat ; *DA* Décembre 2016, pp. 43-49, comm. G. Eveillard.
Voir en ce sens : SEILLER (B.), « Sécurité juridique et office du juge administratif », *RDP* 2016, pp. 765-778.
3930. Pour un exemple récent en ce sens : CE, 27 juin 2011, *Ministre du Travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville c. Société SEMG Veillé*, rec. t. 1177.

« éviter des effets d'aubaine pour exercer des recours contentieux de la part de justiciables diligents »[3931]. Plus précisément, c'est afin d'éviter que l'administration n'ait à payer des sommes en conséquence d'erreurs, parfois minimes, commises bien des années auparavant, que cette solution a été adoptée[3932]. De plus, laisser ouvert le recours alors que la décision est connue de l'individu, et ce, pour un défaut de forme dans la notification relativement minime, constituerait une « sanction tout à fait disproportionnée »[3933]. La protection de l'administration est au cœur de cette évolution jurisprudentielle d'importance. Ce, d'autant plus, qu'aucun tiers n'était ici concerné : la relation était constituée uniquement de deux acteurs. Le principe de sécurité juridique joue ainsi pleinement au profit de l'autorité décisionnaire. Le juge va même plus loin en fixant un délai de principe d'un an, pouvant varier suivant les circonstances, démontrant là encore l'importance du contexte et des arguments conséquentialistes.

La régulation de l'accès au prétoire permet au juge de maîtriser le flux des recours et d'éviter. Par ce biais, le juge peut, volontairement ou non, préserver l'action administrative. Le mouvement actuel de restriction de l'intérêt à agir doit alors aussi s'apprécier de ce point de vue. Recentrer sur l'individu directement intéressé, le recours pour excès de pouvoir diminue quantitativement et, par la même, laisse plus libre l'administration.

b. La garantie par l'octroi de la permission et la variation des délais dans le cadre de la *judicial review*

Lord Diplock utilise comme argument en faveur du caractère exclusif de la procédure de *judicial review* sa dimension protectrice pour l'administration[3934]. Notamment, deux aspects procéduraux jouent en sa faveur : le délai pour introduire la demande et la permission que doit accorder le juge. La procédure de permission a déjà été envisagée auparavant, et il n'est pas nécessaire de revenir dessus[3935]. Depuis 2015, le législateur a introduit l'obligation pour les juges de

3931. Note d'Hélène Pauliat, *précitée*, p. 31.
3932. La carence portait ici sur la mention, dans la notification, de la juridiction compétente. Le destinataire avait bien connaissance de la décision en elle-même. Seule cette omission aurait conduit à ouvrir indéfiniment le recours pour excès de pouvoir. Permettre le recours aurait en fait conduit à faire produire à une erreur relativement vénielle des conséquences importantes pour l'administration.
3933. Selon les termes du rapporteur public, Olivier Henrard : *RFDA* 2016, pp. 927-942, p. 931.
Le Conseil d'État a étendu cette solution au cas des recours administratifs : CE, Sect., 31 mai 2017, *Ministre des finances et des comptes publics c. M. A*, n°389842.
3934. *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237.
De même, Paul Craig traite de certains aspects procéduraux de la *judicial review* sous le titre « protéger les organes publics » : *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 851-862.
3935. Voir *supra* : Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II, II, B.

refuser une demande de *judicial review* si l'erreur invoquée n'a pas pu influencer la décision[3936]. Les premières applications démontrent néanmoins que la loi est interprétée restrictivement par les juges, et que la disposition ne joue que pour les erreurs procédurales les plus faibles[3937].

En ce qui concerne les délais, le requérant a, depuis 1980, trois mois pour faire sa demande ; dans tous les cas, il doit la faire « promptement »[3938]. Cela signifie que le délai, aujourd'hui codifié dans la Partie 54. 5(1) du *Civil Procedure Rules*, est un plafond que le requérant ne peut pas dépasser. Auparavant, le délai pour introduire une demande de *certiorari* était de six mois. La réforme de 1980, venant préciser sur ce point celle de 1977 créant la procédure unique de *judicial review*, a donc diminué le temps laissé à l'individu pour introduire sa demande. Ce délai est particulièrement court, puisqu'une action en droit privé est ouverte pendant six ans en principe[3939]. De plus, le *Civil Procedure Rules* fait une interdiction expresse aux parties d'augmenter le délai de la *judicial review* par consentement mutuel[3940]. Le dispositif retenu en droit anglais a été rapidement exposé par Olivier Henrard dans ses conclusions sur l'affaire *Czabaj*. Il s'en est servi, comme argument de droit comparé, pour justifier la solution qu'il proposait, et qui a été retenue par le Conseil d'État[3941].

L'interprétation que donnent les juges de l'idée de promptitude dans l'introduction de la demande est particulièrement intéressante. Notamment, ils doivent refuser une demande qui, bien que faite en moins de trois mois, ne l'a pas été rapidement, ce qui cause un préjudice important notamment pour les « droits des individus » ou encore pour la « bonne administration »[3942]. Les juges doivent donc concilier la nécessité de faire respecter le droit, en sanctionnant les illégalités de l'administration, avec la protection des droits des individus et la bonne administration. Ils semblent parfois assez réticents à refuser une demande pour ce motif, privilégiant la censure des illégalités de l'administration, au respect de la bonne administration[3943]. Cet élément est pris en compte, au regard

3936. Section 88 du *Criminal Justice and Courts Act* 2015.
3937. *R. (on the application of Hawke) v. Secretary of State for Justice* [2015] EWHC 4093 : la décision prise en l'espèce ne démontre pas que le ministre se soit formellement assez intéressé à ses obligations légales, sans pour autant que cela conduise le juge à conclure que sa décision aurait été différente s'il l'avait fait. Le *remedy* est refusé.
Voir : ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 574-580.
3938. SI 2000/1980, r. 3.
En général : BELOFF (M.), « Time, Time, Time It's On My Side, Yes It Is », pp. 267-295 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade*, sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.*
3939. ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, p. 512.
3940. CPR Partie 54. 5(2).
3941. *RFDA* 2016, pp. 927-941, voir pp. 933-934 : il expose aussi le cas de l'Allemagne, de l'Italie ainsi que la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne.
3942. Section 31 (6) du *Senior Court Act* 1981.
Pour un exemple, voir : *John William Allman v. HM Coroner For West Sussex* [2012] EWHC 534, [24] (Anthony Thornton QC).
3943. *R. (on the application of Burkett) v. Hammersmith and Fulham LBC (No.1)* [2002] 1 WLR 1593, [44] – [49], (Lord Steyn).

des circonstances, rendant sa détermination casuistique[3944]. Les juges évaluent les conséquences découlant du manque de promptitude du requérant. Ainsi, cette condition joue avec plus de force dans le domaine de l'urbanisme, notamment pour ce qui est des autorisations de construire, car ici, tant l'administration que les individus ont besoin de stabilité juridique[3945] ; mais certains juges affirment également l'importance de préserver l'intérêt général poursuivi par un acte de démolition, dont l'exécution ne doit pas être entravée par un contournement des règles propres aux délais[3946]. De même, une demande faite dans les deux mois n'est pas prompte dès lors qu'elle aurait pu être faite plus tôt et concernait une décision prise dans le domaine de la sécurité nationale, porteuse d'un intérêt public fort, nécessitant de la stabilité[3947]. Enfin, le *remedy* accordé au terme de la procédure peut aussi jouer : si l'acte doit être annulé, l'impact sur l'action administrative étant important, la demande devra être introduite plus promptement que lorsqu'est demandée une simple déclaration[3948].

À l'inverse, les juges peuvent discrétionnairement accepter une requête qui n'aurait pas été faite promptement ou alors qui dépasse le délai de trois mois. Dans ce cas, il faut que l'affaire pose une question de légalité ayant un intérêt public, et ne porte pas une atteinte trop forte à la situation des individus ou à la bonne administration. Tel n'est pas le cas lorsque l'illégalité est uniquement technique[3949] ; ou si l'augmentation du délai causait trop de problèmes pour la bonne administration en obligeant l'administration à recommencer toute une procédure[3950]. En revanche, une personne apprenant en mars 1985 que son téléphone est sur écoute depuis 1983, mais n'introduit sa demande de *judicial review* qu'en juillet 1985, voit sa demande acceptée, car elle porte sur une question d'intérêt public[3951].

À ces éléments propres au régime des recours s'en ajoutent d'autres permettant aux juges de

3944. *Finn-Kelcey v. Milton Keynes BC* [2008] EWCA Civ 1067, [25] (Keen LJ).
3945. Pour une affaire concernant un permis de construire un parc éolien : *Finn-Kelcey v. Milton Keynes BC* [2008] EWCA Civ 1067, [22] (Keen LJ).
Même si le manque de promptitude découle des mauvais conseils d'un avocat, la *judicial review* sera refusée dans le domaine de l'urbanisme : *R. (on the application of Gerber) v. Wiltshire Council* [2016] EWCA Civ 84, [45] – [58] (Sales LJ).
L'argument était déjà invoqué par Lord Diplock dans l'affaire *O'Reilly v. Mackman* ([1983] 2 AC 237, pp. 280-281).
3946. Voir le jugement de Lord Denning dans *R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Ostler* ([1977] QB 122, p. 136). Cela pousse le Lord a affirmé que, si l'acte avait été considéré illégal, ce qui n'est pas sa conclusion ici, il l'aurait considéré uniquement *voidable* et non *void*, conduisant à appliquer les délais classiques en matière d'urbanisme, de six semaines pour faire un recours.
3947. *R (on the application of Harrow Community Support) v. Secretary of State for Defence* [2012] EWHC 1921, [52] – [56] (Haddon-Cave J.).
3948. *A. v. Essex County Council* [2010] UKSC 33, [116] (Lady Hale).
3949. *R. (on the application of Waste Recycling Group Ltd) v. Cumbria County Council* [2011] EWHC 288, [18] et [32] (Gilbart QC).
3950. *R. (on the application of 007 Stratford Taxis ltd) v. Stratford on Avon DC* [2011] EWCA Civ 160 [34] (Lady Justice Smith).
Pour une affaire utilisant un argument similaire : *R. v. Dairy Produce Quota Tribunal for England and Wales, ex p. Caswell* [1990] 2 AC 738, pp. 749-750 (Lord Goff).
3951. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Ruddock* [1987] 1 WLR 1482, p. 1485 (Taylor J).

tempérer les conséquences d'un constat de l'illégalité de l'acte.

B. La limitation des effets de la reconnaissance de l'illégalité permettant une certaine continuité de l'action administrative

Lorsque le recours est admis et que le contrôle conduit à la conclusion que la décision est illégale, tout n'est pas encore perdu pour l'administration. L'évaluation des conséquences des jugements par les juges eux-mêmes peut les conduire à considérer excessifs les effets produits par leur conclusion. Ils vont pouvoir moduler les effets de leur décision, pour agir non plus en amont, mais en aval des recours. Plusieurs techniques sont utilisées à cet effet par le juge de l'excès de pouvoir (1.) et par le juge de *judicial review* (2.).

1. L'utilisation de l'annulation partielle et de méthodes de correction de l'illégalité par le juge de l'excès de pouvoir

L'accroissement des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir ne signifie pas qu'il œuvre uniquement dans l'intérêt des individus. Déjà, à propos du pouvoir d'injonction reconnu par la loi, un auteur notait que « le juge administratif reste attaché à la protection de l'intérêt général », le conduisant à éviter que les injonctions « n'emportent parfois des conséquences néfastes pour celui-ci[3952]. La prise en compte d'un tel argument conséquentialiste conduit ainsi parfois le juge à refuser l'annulation même de l'acte pour ne pas avoir à rendre une décision excessivement brutale pour l'intérêt général. Ce même auteur en conclut donc : « fidèle à l'esprit de sa jurisprudence définissant ce qu'il peut imposer à l'administration, le juge administratif n'use qu'avec tact et mesure de ce nouveau pouvoir »[3953]. En particulier, le juge de l'excès de pouvoir fait preuve d'une grande retenue dans l'octroi d'une injonction de délivrer une autorisation d'urbanisme. Il en va de même, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, de toutes les techniques prétoriennes développées au fil des jurisprudences. La diversification du pouvoir des juges peut constituer, à certains égards, une aubaine pour l'administration. Elle traduit cette tension particulière au sein de l'office du juge de

3952. SEILLER (B.), « Le juge administratif et la loi du 8 février 1995 : entre rupture et continuité », pp. 441-453, p. 450 in *Le service public. Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, Paris, 2016.
3953. *idem*.
Voir également : HACHEM (B.), « Pour la fin de l'inhibition du pouvoir d'injonction du juge administratif », *AJDA* 2014, pp. 197-203.

l'excès de pouvoir entre la nécessité de faire respecter le droit, en purgeant l'ordre juridique de l'illégalité, tout en prenant en compte la situation de l'individu, mais également les conséquences parfois néfastes de l'annulation pour l'administration. Cette tension doit être résolue sans que le juge ne puisse se substituer, sur le fond, à l'autorité décisionnaire. L'originalité de l'office du juge de l'excès de pouvoir réside dans la résolution de ces contradictions : tout en faisant respecter le droit, et en protégeant le requérant, il ménage la susceptibilité et la liberté de l'administration. Deux exemples illustrent cela : l'annulation partielle (a.) et les méthodes permettant la correction des illégalités (b.). Ils illustrent la capacité du juge à constater la non-conformité d'un acte avec les exigences juridiques l'entourant, tout en évitant de le remettre en cause dans sa totalité. Ici, le juge de l'excès de pouvoir agit sur l'acte, pour le rendre conforme au droit.

a. L'annulation partielle : le maintien d'un acte illégal

La reconnaissance de l'illégalité de l'acte a pour conséquence, en principe, sa remise en cause rétroactive et complète. Cette conclusion est logique : elle permet de purger l'ordre juridique, et de rétablir le respect de la hiérarchie des normes. Elle est toutefois parfois excessive notamment lorsque le vice n'affecte qu'une partie de l'acte. Dans ce cas, le faire tomber en entier peut avoir des conséquences dramatiques pour l'activité administrative. Conscient de ces problèmes, le juge de l'excès de pouvoir a développé diverses techniques afin de maintenir l'acte dans sa partie saine, et d'annuler uniquement son aspect vicié (*α.*). Elles permettent de garantir le respect de l'ordre juridique ainsi que la liberté de l'administration. Ce dernier élément est d'ailleurs pris en compte par les juges tant dans la décision de recourir aux annulations partielles (*β.*) que dans leurs modalités d'utilisation (*γ.*).

α. Les diverses techniques d'annulation partielle

Les annulations partielles, quelles qu'elles soient, conduisent le juge à procéder à une quasi-réformation de l'acte[3954]. Ce dernier vit encore, mais il n'est plus tout à fait le même. Le rôle du juge se rapproche de celui de l'administrateur, empiétant sur le domaine réservé de l'administration. L'annulation partielle d'un acte peut être demandée par le requérant. Dans ce cas, le juge pourra soit rejeter la demande soit y faire droit. En revanche, il ne pourra décider d'annuler l'acte en entier, sous peine de prendre une décision *ultra petita*. Plus intéressant encore, le juge peut y procéder d'office.

3954. BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, *op. cit.*, pp. 295-301.

L'annulation partielle permet au juge de « vider le texte de son venin »[3955].

Il en va ainsi lorsqu'il annule, simplement, les dispositions d'un acte administratif dépassant le cadre d'une habilitation législative[3956]. Il n'y a, dans ce cas, pas de difficultés. Il faut que la partie viciée de l'acte en soit divisible[3957]. Celle-ci pourra alors en être extraite, sans porter atteinte à la substance restante. La partie de l'acte annulée pourra être reprise, à la condition pour l'administration de se conformer aux exigences de la légalité. Dans d'autres situations, l'opération se trouve être plus complexe.

Tel est le cas lorsque le juge annule un acte « en tant que », ou encore « en tant que ne pas »[3958]. Dans le premier cas, le juge va porter son appréciation sur ce que contient la disposition ; dans le second, il constate la carence illégale de l'acte. Pour illustrer le premier cas, il suffit de citer l'arrêt *Groupement forestier des Ventes de Nonant*[3959]. Le Conseil d'État décide en l'espèce que « l'article 2 du décret du 4 septembre 2003 est annulé en tant qu'il exclut du périmètre de classement les fermes de Brousses et de Borculo ». L'annulation se justifie du point de vue des effets de la disposition sur le champ d'application du décret de classement. L'arrêt *Vassilikiotis* est un exemple topique de l'emploi de la seconde formule[3960]. L'arrêté du 15 avril 1999 est annulé « en tant qu'il ne prévoit pas les conditions d'attribution de la carte professionnelle » permettant de devenir guide pour les ressortissants des États membres. Dans ce cas, « l'acte déféré au juge n'est pas censuré pour ce qu'il contient, mais pour ce qu'il ne contient pas ou qu'il omet de contenir »[3961]. C'est donc à un véritable « *vide juridique* » qu'est confronté le juge[3962]. La différence entre ces deux techniques apparaît clairement dans les conclusions de Yann Aguila sur l'arrêt *Groupement forestier des Ventes*

3955. La formule est employée par Bruno Genevois dans ses conclusions sur l'affaire *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye* (CE, Ass., 20 novembre 1981, rec. 429 ; *AJDA* 1982, pp. 72-79, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre ; *RDP* 1982, pp. 473-496, concl. Genevois, voir p. 486).

3956. CE, Ass., 10 octobre 1958, *Union de la propriété bâtie*, rec. 480.

3957. THIELE (R.), « Annulations partielles et annulations conditionnelles », *AJDA* 2015, pp. 1357-1364.

En matière d'urbanisme, les juges ont donné une interprétation souple de l'article L. 600-5 du Code de l'urbanisme, ouvrant la possibilité d'une annulation partielle d'une autorisation d'urbanisme : la partie de l'acte en cause doit être identifiable, et non pas divisible ; elle se doit d'être régularisable, et le juge peut octroyer, pour ce faire, un délai à l'autorité compétente. Voir : CE, 1er mars 2013, *Fritot et autres c. Ventis,* rec. 20 ; *JCP A*, 17 juin 2013, pp. 3841, comm. Philippe Billet.

3958. Voir sur ce point : les conclusions de Catherine Bergeal sur l'arrêt *Fédération nationale des sociétés d'économie mixte* (CE, Sect., 13 mars 1998, rec. 74 ; *AJDA* 1998, pp. 514-522, notamment pp. 518-519) ; également les conclusions de Yann Aguila dans l'affaire *Groupement forestier des Ventes de Nonant* (CE, Ass., 16 décembre 2005, rec. 583, conclusions à l'*AJDA* 2006, pp. 320-327).

BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, *op. cit*..

3959. CE, Ass., 16 décembre 2005, *Groupement forestier des Ventes de Nonant*, rec. 583 ; concl. *AJDA* 2006, pp. 320-327, Y. Aguila.

3960. CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, rec. 303 ; GACA 5e éd., n°67.

LANDAIS (C.) et LENICA (F.), « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *AJDA* 2004, pp. 1183-1192, voir p. 1184.

3961. BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, *op. cit*., p. 280.

3962. Selon la formule du commissaire du Gouvernement Lamy dans ses conclusions sur l'arrêt *Vassilikiotis* (rec. 306. C'est l'auteur qui souligne).

de Nonant. Le commissaire du Gouvernement y explique qu'en l'espèce, si le décret avait uniquement omis d'inclure les deux parcelles en cause, alors le juge aurait dû procéder à une annulation « en tant que ne pas »[3963]. En somme, l'acte aurait été illégal en tant qu'il ne contenait pas ses deux parcelles. Une telle formulation permet de censurer une omission, là où l'annulation « en tant que » conduit à la remise en cause d'une exclusion contenue dans l'acte.

β. La prise en compte de la marge d'appréciation de l'administration dans la décision de recourir aux annulations partielles

Il est nécessaire que la partie ciblée par le juge soit divisible de l'acte en cause. Tel est le cas, dans l'affaire *Groupement forestier des Ventes de Nonant*[3964]. Le Conseil d'État y a annule les dispositions d'un décret étendant le périmètre d'un site classé en ce qu'elles excluaient illégalement certaines parcelles. Le commissaire du Gouvernement Aguila met en évidence deux critères à la divisibilité : il ne faut pas que la disposition ait un caractère déterminant au regard de l'économie générale de l'acte, ni qu'elle constitue un rouage essentiel de l'acte dont l'annulation remettrait en cause la logique. Cela revient à dire, *a contrario*, que « faire tomber le dernier élément, au bout de la chaîne, n'entraîne pas la chute du premier d'entre eux »[3965]. Il en va autrement si elle constitue l'un des fondements de l'édifice créé par l'administration. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye*, Bruno Genevois relevait plusieurs cas de figure possibles[3966]. Notamment, lorsqu'un acte administratif, comme une autorisation de construire, voit l'une des conditions ayant motivé son octroi être annulée, l'acte doit l'être aussi[3967]. Récemment, le Conseil d'État a considéré que si le titulaire d'une autorisation d'urbanisme peut contester la légalité de certaines de ses prescriptions, celles-ci seront annulées seules, à la condition qu'une telle annulation ne provoque pas l'illégalité de l'autorisation[3968]. La divisibilité est plus facilement reconnue dans le cadre des modalités d'application ou des exceptions, que dans les conditions incluses dans les actes administratifs. En somme, la disposition sera considérée comme divisible dès

3963. *AJDA* 2006, pp. 325-326.
3964. CE, Ass., 16 décembre 2005, *Groupement forestier des Ventes de Nonant*, rec. 583 ; *AJDA* 2006, pp. 320-327, concl. Y. Aguila.
CORBEL (M.-P.), « L'annulation partielle des actes administratifs », *AJDA* 1972, pp. 138-151, notamment pp. 141-142.
3965. *ibid*., p. 325.
3966. CE, Ass., 20 novembre 1981, *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye,* rec. 429 ; *RDP* 1982, pp. 473-496, concl. Genevois.
3967. *ibid*., p. 489.
Cependant, ont été considérées comme divisibles les conditions financières des permis de construire (CE, Sect., 8 février 1985, *Raballand*, rec. 36).
3968. CE, Sect., 13 mars 2015, *Mme Ciaudo*, rec. 91, concl. Lallet ; *AJDA* 2015, pp. 985-989, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe.

lors qu'elle peut être retranchée de l'acte sans que celui-ci se trouve « défiguré »[3969]. Cette distinction n'est pas figée. Le juge procède à une appréciation concrète de l'acte pour en définir le caractère indivisible ou non. Dans un cas comme dans l'autre, le respect de la liberté de l'administration est pris en compte.

L'appréciation portée par le commissaire du Gouvernement Bergeal, dans l'affaire *Fédération nationale des sociétés d'économie mixte*, est particulièrement intéressante[3970]. Souhaitant répondre aux risques de dérive vers un système dans lequel le juge serait aussi administrateur, elle déclare : « vous vous êtes toujours reconnu en la matière un pouvoir d'appréciation, notamment dans un souci de bon fonctionnement de l'administration, pour juger si un acte peut subsister après avoir été privé de certaines de ses dispositions ou si la novation ainsi opérée n'est pas telle que l'acte ainsi amputé doive être considéré comme un acte nouveau, justifiant de l'annulation totale si celle-ci était demandée. L'annulation partielle est, dans ce cas, un moyen simple et efficace de condamner l'illégalité, tout en maintenant l'essentiel de l'acte »[3971]. À l'inverse, l'annulation totale peut aussi « aider » l'administration et ainsi jouer contre l'annulation partielle. Très récemment, le rapporteur public Alexandre Lallet a estimé que « *c'est pour respecter le pouvoir d'appréciation globale dont a fait usage l'autorité administrative en prenant une décision unique* que le juge se refuse à un maniement par trop impressionniste de la gomme et oppose l'indivisibilité de l'acte attaqué »[3972]. Enfin, de façon similaire, dans ses conclusions sur l'affaire *Groupement forestier des Ventes de Nonant*, Yann Aguila fait état de la même idée, bien qu'il la rejette en l'espèce. Le commissaire du Gouvernement, avouant avoir eu quelques doutes sur l'utilisation d'une annulation partielle, les exprime notamment ainsi : « avec l'annulation partielle, le juge se substituerait à l'administration en incluant dans le périmètre des parcelles qu'elle n'entendait pas initialement classer. L'annulation totale permet donc de laisser l'administration se prononcer à nouveau sur le principe même du classement et, le cas échéant, d'y renoncer si elle ne souhaite pas classer les parcelles litigieuses »[3973]. Si l'annulation partielle est finalement retenue, c'est qu'elle porte sur les modalités d'application du principe de l'acte, qui est l'élargissement du site classé. La distinction permet de cloisonner les deux parties. Les défauts de la seconde, portant sur les modalités, ne se répercutent pas sur la première. En revanche, l'inverse n'aurait pas été vrai. Par ce découpage de l'acte, le juge,

3969. Conclusions de Bruno Genevois sur l'arrêt *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye* (CE, Ass., 20 novembre 1981, rec. 429, conclusions à la *RDP* 1982, pp. 473-496, p. 490) : est annulé la partie du décret créant le parc du Mercantour, permettant, dans des conditions jugées illégales par le Conseil d'État, de procéder au déclassement de certaines parcelles venant d'être classées.
3970. CE, Sect., 13 mars 1998, *Fédération nationale des sociétés d'économie mixte*, rec. 74 ; *AJDA* 1998, pp. 514-522, concl. Bergeal, notamment pp. 518-519.
3971. *ibid*., p. 518.
3972. Conclusions sur l'arrêt *Mme Ciaudo* (CE, Sect., 13 mars 2015, *Mme Ciaudo*, rec. 91, ccl. Lallet, citation p. 97 (C'est l'auteur qui souligne)).
3973. *AJDA* 2006, pp. 320-327, voir p. 323.

suivant son commissaire du Gouvernement, protège l'action administrative en ce qu'il laisse intact le principe de l'action. Il empiète, en revanche, sur les modalités de réalisation. Sur ce point, l'arrêt paraît aller trop loin. Revoyant sa copie, l'administration aurait pu décider de redessiner les contours de son projet afin que les parcelles en cause ne se retrouvent plus, comme en l'espèce, encerclées de terrains classés. Il illustre en cela le manque de prise en compte de la volonté de l'administration dans le maintien de l'acte. La récente proposition dans le sens d'une recherche plus claire de cette volonté, à l'image de ce que fait le juge dans les hypothèses de substitution ou de neutralisation des motifs, constitue un élément pertinent en ce sens[3974]. Elle permettrait au juge de mieux définir si l'annulation partielle respecte véritablement l'objectif poursuivi par l'administration. Il faut cependant voir que si l'annulation totale avait été prononcée, en l'espèce, c'est le principe même de l'extension du site classé qui aurait été remis en cause. L'intérêt général du projet, porté par l'administration, a été décisif ici. L'inclusion par le juge des deux parcelles a été considérée comme le prix le plus faible à payer en l'espèce[3975].

γ. La prise en compte de la marge d'appréciation de l'administration dans les modalités des annulations partielles

Dans les techniques que nous avons déjà mentionnées, il en est certaines qui sont plus invasives que d'autres pour l'administration. C'est le cas des annulations « en tant que », portant sur une exclusion. Elles conduisent nécessairement à l'intégration dans l'acte, des éléments initialement écartés par l'administration. Il est clair, dans ce cas, que le recours à cette technique porte atteinte à la liberté de l'action administrative. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'*in fine*, elle permet de préserver la décision initiale dont les effets et les conséquences peuvent être importants. L'annulation partielle, globalement, peut apparaître positive, dans ce cas, pour l'administration.

3974. BOUILLON (H.), « Pour une subjectivisation de l'annulation partielle des actes administratifs unilatéraux », *AJDA* 2017, pp. 217-225, voir p. 221.

3975. L'indivisibilité de l'acte administratif découle, parfois explicitement, du pouvoir d'appréciation dont dispose l'administration. Dans son arrêt *Ministre de la construction c. Compagnie immobilière de la région parisienne*, le Conseil d'État avait à juger de la recevabilité d'une requête demandant l'annulation de certaines clauses d'un permis de construire délivré par un arrêté préfectoral. En premier lieu, la Haute juridiction administrative relève qu'en ce domaine le préfet « disposait […] d'un pouvoir d'appréciation quant à la nature et au nombre des clauses dont il estimait nécessaire d'assortir le permis sollicité ». Par ce biais, il pouvait assortir des conditions à l'octroi du permis. Le juge considère, dès lors, que ces clauses ne sont pas divisibles, car elles sont le support de l'acte. En affirmant cela, le juge protège le « pouvoir d'appréciation » du préfet, s'exprimant par la détermination des clauses à inclure dans le permis (CE, Sect., 12 octobre 1962, *Ministre de la Construction c. Compagnie immobilière de la région parisienne*, rec. 536).
Dans une autre affaire, si sont déclarées indivisible une mutation et la suspension de son exécution, c'est bien que, sans cette dernière « le secrétaire d'État n'aurait certainement pas décidé de muter à la Direction régionale les agents du Centre des redevances s'il n'avait pas résolu, en même temps, de surseoir à l'exécution de ces mutations ». Annuler la suspension reviendrait, pour le juge, à remettre en cause l'appréciation de l'administration. L'indivisibilité permet alors, en cas d'illégalité, d'emporter tout l'acte vers l'annulation, et de préserver cette liberté (CE, Sect., 2 avril 1954, *Demoiselle Thévenot et Saumont*, rec. 210, concl. Laurent, citation p. 214).

Cette conclusion ne semble pas pouvoir s'étendre, en tous points, dans le cas d'une annulation « en tant que ne pas », et ce, notamment depuis l'arrêt *Vassilikiotis*[3976]. En annulant l'arrêté du 15 avril 1999 « en tant qu'il ne prévoit pas » des conditions d'équivalence de diplômes au profit des ressortissants des États membres pour l'attribution de la carte de guide des musées et monuments historiques, le Conseil d'État précise les obligations qui incombent à l'administration. Il va même plus loin et lui enjoint de mettre en place « un système d'équivalence ou de déterminer les conditions permettant […] de s'assurer que les titres ou diplômes délivrés dans d'autres États membres présentent des garanties équivalentes à celles exigées par le droit national français », et ce, « dans un délai raisonnable ». En annulant une omission, le juge précise comment y remédier. Il ne semble pas y avoir lieu ici à donner de marge de manœuvre à l'administration.

Cette jurisprudence a été réutilisée depuis lors. Si une disposition d'un décret est annulée en tant qu'elle ne prévoit pas des obligations conformes au droit de l'Union européenne, alors il est enjoint à l'administration de prévoir de telles obligations[3977]. Une telle décision peut sembler conduire le juge à empiéter sur la liberté de l'administration, en lui imposant l'adoption d'un certain comportement. Il n'en est rien. La liaison du pouvoir de l'administration n'est pas la conséquence de la décision du juge, mais uniquement des contraintes provenant de l'ordre juridique. Plus celles-ci sont importantes, moins l'administration est libre. Le juge ne fait ici que tirer les conclusions des obligations que l'ordre juridique fait peser sur elle.

Les injonctions prétoriennes sont en effet limitées. Une certaine marge de manœuvre reste ménagée au profit de l'administration. Bien souvent, l'injonction jointe à l'annulation oblige l'autorité compétente à agir. Mais, elle ne détermine pas la substance de cette action. C'est là ce qui empêche le juge de faire acte administrateur. Le Conseil d'État ira jusqu'à préciser qu' « il n'appartient pas au juge de prévoir lui-même cette obligation, s'érigeant ainsi en créateur d'une norme dont il est seulement chargé de contrôler l'application »[3978]. D'ailleurs, l'arrêt *Vassilikiotis* n'a jamais été jusque-là. Il fait obligation au Gouvernement de mettre l'arrêté en conformité avec le droit communautaire. Plus précisément, il s'agira pour lui « de prévoir un système d'équivalence ou de déterminer les conditions permettant […] de s'assurer que les titres ou diplômes délivrés dans d'autres États membres présentent des garanties équivalentes à celles exigées par le droit national français ». L'administration doit agir, elle y est contrainte ; elle reste, néanmoins, partiellement libre des moyens à employer pour cela. De même, en faisant injonction aux autorités d'étudier les demandes de cartes provenant des ressortissants, le juge ne fait que prévoir un régime transitoire.

3976. CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, rec. 303 ; GACA 5e éd., n°67.
3977. CE, 28 avril 2003, *Fédération française des courtiers d'assurance et réassurance*, rec. t. 704.
3978. CE, 10 avril 2002, *SARL Institut supérieur de l'informatique et de management de l'informatique*, rec. t. 708.

Celui-ci permet de mettre l'État en conformité temporaire avec les exigences du droit communautaire. Pour autant, cela ne préjuge pas du système qui sera finalement retenu par le Gouvernement. Plus clairement encore, dans l'arrêt *Titran*, le Conseil d'État mentionne expressément les voies possibles d'action de l'administration[3979]. Une fois constatée l'illégalité des deux actes administratifs organisant le traitement automatisé d'informations nominatives, en ce qu'ils ne se conforment pas aux prescriptions de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, le juge ouvre une alternative au ministre de la Justice : soit s'aligner sur l'avis, soit prendre d'autres dispositions, par le biais d'un décret en Conseil d'État. Malgré l'obligation de modifier les deux actes, cela ne se traduit pas par une liaison complète du pouvoir de l'administration. En somme, l'annulation « en tant que ne pas » contraint l'administration à mesure de ce que l'ordre juridique lui laisse de liberté. Le juge ne fait alors que préciser les obligations pesant sur elle. De telles injonctions rendues envers l'administration « n'affectent pas sa liberté d'appréciation car cette liberté n'existe pas »[3980].

La palette de pouvoirs dont le juge de l'excès de pouvoir s'est doté traduit sa volonté de répondre de plus en plus concrètement aux différentes situations qui se présentent. Il peut alors ménager la liberté de l'administration, la nécessité de ne pas porter atteinte inutilement à son action et l'anéantissement des normes illégales. Le choix d'une technique plutôt que d'une autre est essentiellement casuistique. Il faut admettre qu'il repose sur l'appréciation subjective du juge qui reste maître du pouvoir à utiliser.

3979. CE, 27 juillet 2001, *Titran*, rec. 441.

3980. BROYELLE (C.), « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *DA* 2004, pp. 8-14, p. 11.

L'arrêt *Mme Barbier* en est l'exemple le plus saillant (CE, Sect., 25 février 2005, *Mme Barbier*, rec. 81 ; *RFDA* 2005, pp. 753-759, concl. Chauvaux ; *AJDA* 2005, pp. 1002-1005, chron. C. Landais et F. Lenica). Le Gouvernement n'avait pas mis en accord un acte réglementaire avec la loi qu'il avait pour but d'appliquer, à la suite de la modification de celle-ci. Plus précisément, l'article L. 145-2 du code de la sécurité sociale prévoyait les sanctions pouvant être prises par les juridictions ordinales dans le domaine de la santé. Le gouvernement avait étendu ces dispositions, par décret en Conseil d'État, aux pharmaciens. Quand, en 1996, l'article L. 145-2 a été modifié afin de prévoir la possibilité pour ces juridictions de prévoir des sanctions avec sursis, le décret n'a pas été modifié en conséquence. Constatant cette « simple inadvertance », le juge ouvre directement la possibilité aux juridictions ordinales d'assortir leurs décisions d'un sursis (*RFDA* 2005, p. 754). La décision devient alors norme d'habilitation. Elle a vocation à combler la défaillance du pouvoir réglementaire. La lecture de l'arrêt, éclairée par celle des conclusions du commissaire du Gouvernement, relève toutefois que cette solution est rendue possible par la grande précision des textes à appliquer. S'appuyant sur les conclusions de Francis Lamy sur l'arrêt *Vassilikiotis*, énonçant déjà cette idée, Didier Chauvaux relève ainsi que « le contenu des dispositions omises est entièrement déterminé par la loi » (*RFDA* 2005, p. 758). Pour le Conseil d'État, les juridictions ordinales peuvent utiliser le sursis, car « les obligations pesant sur le pouvoir réglementaire sont définies avec précision par la loi ». L'annulation totale de la norme étendant le dispositif de la loi aux pharmaciens, clairement excessive en l'espèce, est évitée. Elle aurait conduit à annihiler tout fondement pour l'action des juridictions ordinales, causant, par voie de conséquence, des troubles importants.

b. Les possibilités ouvertes au juge de corriger l'acte non conforme aux exigences juridiques

Le juge peut ici aussi recourir à trois techniques différentes. Leur but est commun : après avoir constaté qu'une décision est destinée à l'annulation du fait de son illégalité, le juge va se muer en « juge correcteur »[3981]. Bien évidemment, il ne peut user de ces pouvoirs dans n'importe quelle situation. Des conditions peuvent être posées à l'emploi de ces méthodes de correction. Entièrement tourné vers les préoccupations administratives, il évite une annulation qui serait, là encore, plus « doctrinale » qu'utile. Il peut procéder à une substitution de motifs (*α.*), de base légale (*β.*) ou encore corriger une erreur matérielle affectant l'acte administratif (*γ.*).

Une autre méthode déjà évoquée, sur laquelle il n'est pas ici nécessaire de revenir, peut être également mentionnée : il s'agit de la modulation des effets dans le temps du jugement, dans le cadre de l'arrêt *Association AC !*[3982]. En s'autorisant à faire varier l'entrée en vigueur de l'annulation afin de permettre à l'administration de prendre un acte remplaçant celui dont l'illégalité a été constatée, le Conseil d'État œuvre également au profit de l'administration. Cette jurisprudence repose sur une volonté du juge de ne pas porter une atteinte excessive, par ses décisions d'annulation, aux situations nées de l'acte reconnu illégal[3983]. La modulation mise en place permet de préserver tant la situation des individus que celle de l'administration. Dans le cadre de cette jurisprudence aussi, l'intérêt de cette dernière a pu commander que soit différée l'entrée en vigueur de la décision du juge.

Tel est le cas dans l'arrêt *Département du Val-de-Marne*[3984]. Le Conseil d'État reconnaît l'illégalité, pour vice de procédure, du décret opérant le transfert de certains services du ministère de l'Éducation nationale vers les départements et régions. Cependant, l'acte ayant déjà produit la quasi-totalité de ses effets, son annulation « eu égard à l'intérêt qui s'attache d'une part à la continuité de l'exercice, par les différentes collectivités publiques, de leurs compétences, d'autre part à la sécurité juridique des collectivités territoriales et des personnels concernés, auxquelles une annulation rétroactive des dispositions du décret attaqué porterait une atteinte manifestement excessive ». Les effets de la décision juridictionnelle sont différés. Cette solution repose à la fois sur la sécurité

3981. BLANCO (F.), « Du juge censeur au juge correcteur. La réfection-interprétation dans le contentieux de l'excès de pouvoir », note sous l'arrêt *Association France nature environnement et autres*, *AJDA* 2014, pp. 1722-1725 ; *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, *op. cit*., thèse, pp. 269-367.
3982. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, rec. 197 ; *RFDA* 2004, pp. 454-470 concl. Devys ; GAJA 21e éd., n°105.
Voir *supra* : Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I, II, B, 1, b.
3983. TESOKA (L.), « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », *AJDA* 2006, pp. 2214-2219 ; BEZZINA (A.-C.), « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC! », *RFDA* 2014, pp. 735-752.
3984. CE, 16 mai 2008, *Département du Val-de-Marne et autres*, rec. t. 619.

juridique, jouant alors, en partie, au profit de l'administration et sur la continuité de l'action administrative[3985].

Telle est la solution retenue dans l'arrêt *Société Octapharma France*[3986]. La décision du directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé fixant la liste de produits sanguins labiles était contraire au code communautaire relatif aux médicaments à usage humain. L'effet de l'arrêt est modulé uniquement en ce qui concerne l'Établissement français du sang, dont le mode de fonctionnement n'aurait pas permis une adaptation rapide aux effets de cette décision juridictionnelle. Cela aurait alors conduit à un grave dysfonctionnement dans l'approvisionnement en plasma thérapeutique, et par voie de conséquence « une telle situation serait contraire à l'objectif du droit de l'Union européenne de maintenir un niveau élevé de protection de la santé humaine »[3987]. Là encore, c'est l'action entreprise par l'organe en cause qui justifie la modulation.

α. La substitution de motifs

Le juge peut procéder à une substitution de motifs à la demande de l'administration. Initialement cantonnée aux cas de compétences liées, elle a récemment été étendue lorsque se trouve en cause un pouvoir discrétionnaire. Cette innovation importante, longtemps refusée[3988], a été introduite par la jurisprudence *Hallal*[3989].

Dans le cadre de la compétence liée, il s'agit d'éviter une annulation inutile, l'administration devant prendre l'acte en cause quoi qu'il arrive[3990]. Le juge ne laisse pas l'acte intact. Il admet son

3985. Un autre exemple peut être donné, celui de l'arrêt *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, (CE, 21 novembre 2008, rec. 433) concernant l'illégalité de deux arrêts fixant les tarifs des établissements de santé. Le juge administratif choisit de différer l'entrée en vigueur de l'annulation d'un décret et de conserver les effets antérieurs d'un autre afin d'éviter une « atteinte manifestement excessive au fonctionnement du service public hospitalier et à la détermination du montant des remboursements dont bénéficient les assurés sociaux ».
Voir : SAISON-DEMARS (J.), « L'office du juge administratif face au temps. « à la recherche du temps perdu...le temps retrouvé » », *DA* Février 2012, pp. 15-23, notamment pp. 22-23.
3986. CE, 23 juillet 2014, *Société Octapharma France*, rec. 243 ; *AJDA* 2014, pp. 2315-2321, note O. Mamoudy.
Voir : MELLERAY (F.), « Les modulations des effets dans le temps de l'annulation d'un acte administratif contraire au droit de l'Union européenne », pp. 65-73 in *Les figures du juge administratif*, sous la dir. de C. Teitgen-Colly, LGDJ, Paris, 2015.
3987. cons. 9.
3988. CE, Sect., 23 juillet 1976, *Ministre du Travail c. Urssaf Jura*, rec. 362.
3989. CE, Sect., 6 février 2004, *Hallal*, rec. 48 ; *RFDA* 2004, pp. 740-749, concl. De Silva ; GACA 5e éd., n°68.
Voir : DE SILVA (I.), « Substitution de motifs, deux ans d'application de la jurisprudence *Hallal* », AJDA 2006, pp. 690-696 ; CLAEYS (A.), « La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir », pp. 299-321 in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, Paris, 2007 ; SAISON-DEMARS (J.), « L'office du juge administratif face au temps. « à la recherche du temps perdu...le temps retrouvé » », *op. cit.*, pp. 22-23.
3990. AUBY (J.-M.), « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », *AJDA* 1981, pp. 5-13, voir pp. 7-10 ; GUEDON (M.-J.), « Régularité interne de l'acte administratif et pouvoir de substitution du juge », *AJDA* 1981, 443-451, notamment pp. 447-449.

illégalité, mais la corrige, en modifiant la motivation erronée de l'administration. C'est ainsi qu'il a pu substituer sa qualification à celle de l'administration, portant sur des faits matériellement exacts[3991]. Le juge peut même « trouver » lui même des motifs justifiant la décision administrative[3992]. La substitution de motifs était ainsi relevée d'office.

L'arrêt *Hallal* étend cette technique. Le juge peut désormais faire droit à la demande de l'administration, en cours d'instance, visant à substituer au motif initialement utilisé, un nouveau censé permettre d'éviter la censure juridictionnelle. En l'espèce, Madame Hallal, vivant en Algérie, avait demandé au consul général de France la délivrance d'un visa de long séjour. Pour justifier cette requête, elle faisait état de sa qualité d'ascendante à charge de ressortissant français, ses enfants étant nés en France et y résidant. Le consul lui oppose un refus. Elle saisit alors d'un recours administratif préalable obligatoire la commission de recours contre les refus de visa. Là encore, elle essuie un refus au motif qu'elle ne peut pas être considérée comme « isolée dans son pays d'origine ». Elle attaque cette décision par la voie du recours pour excès de pouvoir. Or, le motif retenu par la Commission apparaissait, au regard d'une jurisprudence intervenue entre la décision de la Commission et l'arrêt du Conseil d'État, erroné en droit[3993]. Le ministre des Affaires étrangères demande à fonder la décision sur un autre motif, apte à justifier la décision : Madame Hallal ne serait pas à la charge de ses enfants. Le Conseil d'État accepte, dans la lignée des conclusions de son commissaire du Gouvernement, d'examiner cette proposition. Par un considérant de principe, le juge autorise l'administration à demander au juge de rectifier une erreur commise dans la motivation de sa décision[3994]. Il ne fait aucun doute ici que l'autorité décisionnaire souhaite prendre, peut-être à tout prix, la décision en cause. Il ne s'agit plus de considérer que l'annulation serait favorable à la liberté d'appréciation de l'autorité. Une telle sanction juridictionnelle s'avérerait alors inutile. La substitution de motif permise à la demande de l'administration constitue sa dernière chance de sauver cette décision. Si, suite à l'annulation, l'autorité décisionnaire souhaitait reprendre la même décision, elle devait mettre en évidence un motif la justifiant. Par le biais de la jurisprudence *Hallal*, si ce motif lui apparaît sans qu'une nouvelle instruction ne soit nécessaire, le juge l'autorise à l'invoquer durant l'instance. En revanche, et comme le fait apparaître le Conseil d'État, il ne s'agit pas non plus pour l'administration d'invoquer un nouveau motif. Celui doit exister à la date de la prise de la décision. C'est, en quelque sorte, une séance de rattrapage dont bénéficie

3991. CE, 14 mars 1954, *Lacombe*, rec. 181.
3992. CE, Sect., 26 mai 1950, *Société laitière provençale*, rec. 314 (première espèce).
3993. CE, 5 novembre 2003, *Salim et autres*, rec. t. 804.
3994. Il considère, en effet, « que l'administration peut, en première instance comme en appel, faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de la décision ».

l'administration, non d'un droit à invoquer des motifs postérieurs.

Cette jurisprudence est indéniablement élaborée au profit de l'administration. Plusieurs éléments la fondent, selon le commissaire du Gouvernement De Silva : « souci du pragmatisme et de l'efficacité du juge, intérêt de prévenir un nouveau contentieux, dès lors que l'administration peut et souhaite reprendre, en cas d'annulation par le juge, une décision à la portée identique reposant sur un motif légalement fondé »[3995]. De l'application de cette jurisprudence, « il en résultera une triple économie de temps et de charge contentieux : pour l'administration, pour le requérant, pour le juge »[3996]. Il s'agit de préserver tant l'efficacité de l'action administrative qu'éviter un flux contentieux inutile, et des espoirs non fondés pour le requérant. Bien que dépassant son office classique, le juge de l'excès de pouvoir ne remet pas en cause le pouvoir discrétionnaire de l'administration. S'il procède ici à une sorte de réformation des motifs, c'est à la demande de celle-ci. Le juge de l'excès de pouvoir ne peut, en effet, y procéder d'office dans le cas d'un pouvoir discrétionnaire. Dès lors, cette technique contentieuse ne joue pas au profit direct de l'administré, mais de l'administration. Elle est utilisée « par souci d'efficacité de l'action administrative ou pour ménager la susceptibilité de l'auteur de l'acte »[3997]. Pour autant, celui-ci ne doit pas être préjudicié de façon intolérable. Dès lors, « le juge administratif doit faire preuve de pragmatisme pour concilier recherche de l'efficacité administrative et soumission de l'administration au droit »[3998]. Plusieurs garanties ressortent de la jurisprudence *Hallal*. La substitution n'est pas automatique[3999]. Le juge doit veiller à ce qu'il puisse, d'une part fonder, et d'autre part justifier, la décision en cause. En l'espèce, le motif invoqué par le ministre peut effectivement fonder le refus. Pourtant, selon le Conseil d'État, rien ne permet de dire que la Commission « aurait pris la même décision si elle avait entendu se fonder initialement sur ce motif ». La décision est annulée, permettant à l'administration de reconsidérer la question. Par l'annulation, le juge veille à ne pas se substituer au pouvoir d'appréciation de l'autorité décisionnaire.

Dans son arrêt *Société France Antilles*, le Conseil d'État refuse, implicitement, une substitution de motif puisque celui invoqué ne peut servir à fonder la décision en cause[4000]. Dans

3995. *RFDA* 2004, p. 740.
3996. *ibid*., p. 744.
3997. DEGUERGUE (M.), « La gestion des illégalités de l'acte unilatéral : substitution de motifs et substitution de base légale », pp. 31-42, p. 31 in *Les figures du juge administratif*, sous la dir. de C. Teitgen-Colly, *op. cit*.
3998. *ibid*., p. 747.
3999. De même, le requérant bénéficie de garanties procédurales. Elles se situent, en premier lieu, au sein de la procédure contentieuse. Le juge doit l'informer de la demande et l'inviter à faire part de ses observations. La substitution est soumise au débat contradictoire, permettant au juge de bénéficier du plus d'éléments possible pour juger de sa pertinence. En second lieu, la substitution de motif ne doit pas conduire le requérant à être privé d'une garantie procédurale découlant normalement de l'invocation du nouveau motif. La jurisprudence semble toutefois éprouver quelques difficultés à cerner cette condition : LAIDIE (Y.), « La garantie procédurale comme condition de la substitution de motifs », *AJDA* 2007, pp. 1145-1148.
4000. CE, Sect., 31 janvier 2007, *Société France Antilles*, rec. 28, concl. Glaser.

cette affaire de concentration économique, l'utilisation de cette technique conduirait à modifier le périmètre même de la décision. Elle inclurait alors une autre société dans son champ d'application. Pour le commissaire du Gouvernement Glaser, « une substitution de motifs aurait pour effet de substituer à cette décision une autre décision »[4001]. Il s'agirait alors de réformer l'acte en son dispositif, ce qui ne peut pas être fait par la voie de l'excès de pouvoir[4002]. Là encore, le juge ne se fait pas administrateur.

Si toutes les conditions sont réunies, le juge « peut » procéder à la substitution. Il reste donc libre de la refuser. Pour le commissaire du Gouvernement De Silva, ce point est important. En restant libre, le juge se permet de censurer l'acte « notamment lorsque l'administration a commis une erreur difficilement excusable ou a entaché sa décision d'irrégularités multiples »[4003]. Si la substitution permet un rattrapage, encore faut-il que l'erreur soit excusable. La protection de l'administration contre les annulations peu utiles ne doit pas servir de prétexte à celle-ci pour agir de façon déraisonnée. Dans ces situations, le remède reste toujours le même : l'annulation.

Ainsi, s'il peut se faire garant des nécessités de l'action administrative, le juge ne s'érige pas en gardien indéfectible de l'administration. Son rôle premier reste de garantir le respect de la légalité. En cela, il nous paraît difficile de l'assimiler à un juge-administrateur[4004]. Certes, l'administration et le juge forment, par cette technique, « une curieuse alliance »[4005]. Cependant, celle-ci ne se crée pas contre le droit ni contre le justiciable, mais en faveur de l'efficacité de l'action administrative. Le juge de l'excès de pouvoir est alors conduit au-delà de son rôle classique de censeur. Pour autant, il ne décide ni du principe de l'action, ni du fond de la décision. Il se fait en quelque sorte l'auxiliaire de l'administration sans se substituer à elle. L'initiative de la substitution appartient à l'administration, et s'opère sous son contrôle. Mais, si elle risque de conduire à réformer la décision, ou de mettre à mal l'appréciation de l'administration, le juge l'annule. Cela permet à l'autorité décisionnaire de recouvrer également son pouvoir.

4001. rec. 44.
4002. C'est ainsi que, argumentant en faveur d'une telle réformation, le commissaire du Gouvernement propose de faire relever du plein contentieux l'affaire en cause (*ibid*., p. 44).
Dans l'arrêt *Commune de Bessan*, la commune en cause invoque en cours d'instance un nouveau motif pour refuser le permis de construire demandé par l'administré. Elle fait valoir qu'elle a, en fait, compétence liée en l'espèce, et pouvait, dès lors, uniquement prendre cette décision. Le Conseil d'État fait droit à l'argumentaire de la commune. L'arrêt illustre une situation quelque peu paradoxale puisque, usant d'un procédé ouvert en cas de pouvoir discrétionnaire, elle demande au juge la requalification de sa compétence, et ce, afin de justifier son refus (CE, 11 avril 2005, *Commune de Bessan*, req. n°258250 ; *BJDU* 2005, pp. 148-149, concl. Prada-Bordenav. Pour une affaire similaire, voir : CE, 27 février 2008, *Mme Gautier*, rec. t. 879).
4003. *ibid*., p. 748.
4004. DEGUERGUE (M.), « La gestion des illégalités de l'acte unilatéral : substitution de motifs et substitution de base légale », *op. cit.*, pp. 38-42.
4005. SEILLER (B.), « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004, pp. 963-970, p. 966.

β. La substitution de base légale

La substitution de base légale peut intervenir lorsque la décision en cause se fonde irrégulièrement sur un texte, mais peut être prise sur le fondement d'un autre. Dans ce cas, le juge remplace le premier par le second. Si, en somme, dans le cas de la substitution de motif, le fondement légal de la compétence reste toujours le même, il en va différemment ici[4006]. La substitution est utilisée lorsque se trouve en cause un pouvoir discrétionnaire, ce qui la distinguait de la substitution des motifs, jusqu'en 2004.

Si la décision se base sur la mauvaise disposition législative, ou encore sur la mauvaise convention internationale, le juge peut corriger cette erreur[4007]. Là encore, il s'agit pour le juge de sauver un acte dont il ne fait aucun doute qu'il aurait été repris, par l'administration, sans le vice constaté. La substitution ainsi opérée n'affecte pas la substance de la décision, ni la liberté de l'administration. Elle lui donne uniquement le fondement adéquat[4008].

Là aussi, diverses conditions sont posées par le juge pour y procéder. Ainsi, l'administration doit disposer du même pouvoir d'appréciation au sein du texte substitué[4009]. La base légale pouvant servir de nouveau fondement ne doit pas permettre d'augmenter la liberté de décision de l'administration[4010]. Mais, elle ne doit pas non plus la restreindre[4011]. La substitution ne doit pas modifier la situation de l'administration, ni permettre au juge de la remplacer. Elle a pour but,

4006. Pour autant, la distinction entre les deux n'est pas toujours des plus évidentes : GUEDON (M.-J.), « Régularité interne de l'acte administratif et pouvoir de substitution du juge », *op. cit*.
La difficulté venait notamment du fait que, jusqu'en 2004, la substitution de motif n'était pas possible en cas de pouvoir discrétionnaire. Il pouvait arriver alors, par souci de pragmatisme, que le juge qualifie de substitution de base légale des hypothèses de remplacement d'un motif, dans le cas de l'utilisation d'un pouvoir discrétionnaire. Le juge maîtrisant la qualification de la technique employée, il en faisait un usage utilitariste, suivant les situations dont il a à connaître : DEGUERGUE (M.), « La gestion des illégalités de l'acte unilatéral : substitution de motifs et substitution de base légale », *op. cit.*, p. 33-38.
4007. Respectivement : CE, 17 janvier 1997, *Ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale*, rec. t. 1028 ; CE, Ass., 8 avril 1987, *Procopio*, rec. 137.
4008. Cette logique se retrouve clairement dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Romieu dans l'affaire *Commune de Quillebeuf* (CE, 17 novembre 1893, rec. 750, concl. Romieu). Pour fonder son arrêté autorisant un administré à entreposer certaines marchandises sur le territoire d'une commune, le préfet avait pris appui sur l'article 85 de la loi du 3 avril 1884. Romieu constate toutefois que les faits ayant entraîné la décision en cause ne rentrent pas dans les dispositions de cet article. Ainsi, « on ne se trouve pas sur le terrain de la loi du 5 avril 1884 ; le préfet a donc commis une erreur de visa ; mais cette erreur ne saurait être de nature à entraîner la cassation, si le dispositif est régulier, et si le préfet avait le droit de prendre l'arrêté attaqué. Nous sommes donc amenés à rechercher si, en dehors de la loi du 5 avril 1884, le préfet peut accorder l'autorisation malgré le refus du maire » (rec. 751). En l'espèce, la décision du préfet sera d'ailleurs déclarée légale par le Conseil d'État, après substitution de base légale : « si le préfet a mal à propos visé l'article 85 de la loi du 5 avril 1884, il n'a fait en prenant l'arrêté attaqué que statuer, par application de l'art. 32 du règlement de l'octroi de la ville de Quillebeuf, sur le recours porté devant lui par le sieur Lebret contre les refus réitérés du maire de lui accorder l'autorisation de l'entrepôt ». Précisons que, malgré la terminologie, il s'agit bien ici d'un recours pour excès de pouvoir, comme le précise expressément le commissaire du Gouvernement (rec. 753-754).Le juge procède ainsi d'office, et ce, comme nous le verrons, bien avant que ce pouvoir ne soit expressément reconnu par la jurisprudence en 2003.
4009. CE, 7 juillet 1976, *Epoux Arnaud*, rec. t. 1069.
4010. CE, 11 juin 1993, *Société Landrieu*, rec. 173.
4011. CE, 14 mars 2003, *Yang Chang Ming*, rec. t. 950.

uniquement, à conditions équivalentes, de sauver l'acte d'une annulation inutile. Si une différence apparaissait, elle conduirait alors le juge à remplacer l'administration en considérant, qu'à conditions différentes, elle aurait pris la même décision. Sans modifier la substance de l'acte, c'est à une forme de réformation que serait poussé le juge.

La substitution ne doit pas non plus porter préjudice aux administrés. Le nouveau texte invoqué peut comporter des garanties non prévues par le premier texte utilisé. Dans ce cas, ces éléments de protection n'ont pas été respectés par l'administration. La substitution ne peut alors avoir lieu. Si le texte devant servir de base légale prévoit qu'une mise en demeure doit être adressée avant l'inscription d'office d'une somme au budget d'une ville, le non-respect de cette formalité, non prévue par la première base légale, empêche la substitution[4012].

La jurisprudence a été plus loin. Par l'arrêt *El Bahi*, rendu aux conclusions conformes du commissaire du Gouvernement Stahl, le Conseil d'État a admis la possibilité pour le juge de l'excès de pouvoir de procéder d'office à la substitution[4013]. En l'espèce, le requérant, d'origine marocaine, était entré en France *via* l'Italie. Le préfet ordonne sa reconduite à la frontière en se fondant sur le 1° du I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, mentionnant les cas possibles de reconduite à la frontière. En particulier, la disposition ici utilisée prévoit une telle possibilité lorsque l'étranger ne peut pas justifier de son entrée régulière sur le territoire ou ne dispose pas d'un titre de séjour en cours de validité. Or, disposant d'un tel titre de séjour italien, elle ne pouvait fonder la décision en cause. Toutefois, et sur la proposition de son commissaire du Gouvernement, le Conseil d'État relève que la même décision pouvait être fondée sur le 2° du I de l'article 22 de la même ordonnance. Cette disposition permettait la reconduite en cas de maintien de l'étranger sur le territoire, plus de trois mois après son entrée, et sans qu'il soit titulaire d'un premier titre de séjour régulièrement délivré. La particularité de cette substitution se trouve dans le fait qu'elle n'a pas été demandée par le préfet. C'est que, pour la haute Juridiction, « une telle substitution relevant de l'office du juge, celui-ci peut y procéder de sa propre initiative, au vu des pièces du dossier ». Tel

4012. CE, 23 décembre 1988, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Romans-sur-Isère*, rec. 471.
Elle est également refusée pour ce motif dans l'arrêt *Vergereau*. Un préfet avait suspendu, en urgence, un médecin sur le fondement de l'article L. 221-8 du code de la consommation. Or, cet article prévoyait uniquement la suspension de service et de produit, pour un motif d'urgence. Il renvoie aux facultés ouvertes dans ce cas au ministre et au préfet, sur le fondement de l'article L. 221-5 du même code. Le préfet aurait dû s'appuyer sur l'article L. 4113-14 du code de la santé publique. Cette disposition lui octroyait expressément un tel pouvoir : celui de suspendre un médecin en cas d'urgence. Mais, il prévoyait également une audition du médecin suspendu, ainsi qu'une durée maximale de suspension de cinq mois. Ces garanties n'ayant pas été respectées, la substitution est impossible (CE, 25 septembre 2009, *Vergereau*, rec. t. 911).
4013. CE, Sect., 3 décembre 2003, *Préfet de Seine-Maritime c. El Bahi*, rec. 479 ; *RFDA* 2004, pp. 733-739, concl. Stahl.
Voir notamment : DEGUERGUE (M.), « La gestion des illégalités de l'acte unilatéral : substitution de motifs et substitution de base légale », *op. cit.* ; SEILLER (B.), « L'illégalité sans l'annulation », *op. cit.*, p. 965 ; GUEDON (M.-J.), « Régularité interne de l'acte administratif et pouvoir de substitution du juge », *op. cit* ; LETOURNEUR (M.), « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *op. cit.*, pp. 52-56.

était le cas en l'espèce[4014]. L'arrêté est donc légal. La substitution ne change pas la substance de la décision, elle reste la même. Seulement, la disposition invoquée ne pouvait servir. Le cas prévu n'était pas réalisé[4015].

Lorsqu'elle est utilisée d'office, la substitution de base légale doit respecter une condition particulière, en plus de celles déjà mentionnées : le juge doit soumettre la proposition au débat contradictoire. Elle permet de recueillir les arguments défavorables de l'administré, opposé à une telle validation de l'acte ; elle ouvre également la possibilité pour l'administration de donner son point de vue. Dans le cadre de la substitution de motifs, l'initiative provenant de l'autorité décisionnaire, ses intentions apparaissent clairement. Mais, ici, lorsque le juge utilise d'office la substitution de base légale, sa position n'est pas connue. Il y a peu de probabilités qu'elle s'y oppose, mais l'éclairage qu'elle pourra apportée est d'une utilité indéniable pour le juge, qui pourra se trouver ainsi conforter dans son entreprise.

Là se situe la différence importante avec la substitution de motifs. Cette dernière permet de justifier une décision prise dans un cas d'espèce. Elle conduit à expliquer pourquoi l'autorité administrative a pris telle décision et non telle autre. Dès lors, un changement dans les motifs peut conduire à une réévaluation de la part de l'administration. Or, la base légale d'un pouvoir n'a pas d'influence sur le raisonnement de l'administration. Elle permet d'ouvrir une possibilité, des moyens d'action. La justification du choix entre ces moyens se fait par le biais des motifs. En procédant à la substitution de la base légale, le juge n'entre pas dans ce choix, dans cette appréciation du rapport entre les motifs retenus et les moyens employés. La possibilité de recourir d'office à cette technique n'est pas choquante, pour ces raisons. Il se limite à « considérer que telle illégalité n'est pas de nature à justifier, tout bien pesé, l'annulation de la décision qui est soumise »[4016]. Il serait, en revanche, tout à fait problématique que le juge procède d'office à une substitution de motifs pour valider l'acte administratif. Dans ce cas, il se ferait administrateur[4017]. Il remplacerait

4014. Voir les conclusions du commissaire du Gouvernement sur ce point : *RFDA* 2004, p. 734 et p. 736.
4015. Un autre, en revanche, pouvait être caractérisé et ainsi justifié la décision. Le commissaire du Gouvernement exprime ainsi son avis : « nous ne pensons pas, pour autant, que l'on change véritablement la substance d'une décision administrative de reconduite à la frontière en relevant que l'étranger en situation irrégulière ne pouvait être reconduit sur le fondement d'un alinéa du I de l'article 22 de l'ordonnance mais qu'il pouvait l'être sur le fondement d'un autre alinéa de cet article » (*RFDA* 2004, p. 735). Ce qui d'ailleurs conduit à une certaine confusion ici avec la substitution de motif. En effet, l'affaire *El Bahi* aurait pu être traitée sous cet angle. Ce n'est pas tant la base textuelle qui faisait défaut, mais le motif invoquait qui manquait en fait. Ce point est soulevé par le commissaire du Gouvernement qui justifie son choix par divers arguments (*RFDA* 2004, pp. 735-736). Cependant, il semble plutôt que ce soit une question d'opportunité qui ait guidé le juge ici. Le pouvoir de reconduite à la frontière étant discrétionnaire, la substitution de motifs était, à cette époque impossible. Cette affaire démontre qu'il y a une forte porosité entre ces deux techniques. Le juge peut alors, librement, qualifier celle employée suivant les nécessités de l'affaire (Voir notamment sur ce point : DEGUERGUE (M.), « La gestion des illégalités de l'acte unilatéral : substitution de motifs et substitution de base légale », *op. cit.*).
4016. *RFDA* 2004, p. 737.
4017. Voir en ce sens les conclusions de Jacques-Henri Stahl : *RFDA* 2004, pp. 733-739.

l'administration dans son appréciation de ce qui justifie la décision. Or, « le juge ne peut, de sa propre initiative, transformer la décision administrative qui est attaquée devant lui en changeant le dispositif ou les motifs déterminants »[4018]. Lorsqu'il agit à sa demande, il ne la remplace pas. L'appréciation a déjà été faite par l'autorité administrative, auteur de la demande de substitution de motifs. Les modalités prévues pour l'utilisation des deux pouvoirs de substitution permettent tout à la fois de protéger l'action administrative et de ménager le pouvoir d'appréciation de l'administration.

γ. La correction des erreurs matérielles

Le juge s'est également reconnu la faculté de corriger certaines irrégularités matérielles manifestes d'un acte réglementaire afin d'en éviter l'annulation. Il procède alors à une « réécriture » par une interprétation conforme de l'acte à la volonté claire de son auteur. L'arrêt *Association France nature environnement et autres* clarifie un peu plus cette possibilité[4019]. Le décret du 30 janvier 2012 venait insérer, par le III de son article 12, les termes « ni le cas échéant, dépasser les limites de l'égout du toit » au sein du premier alinéa de l'article R. 581-60 du code de l'environnement. Plus précisément, ils devaient être insérés après les mots « 0,50 mètre ». Or, le chiffre mentionné par le décret était incorrect, puisque cet article du code de l'environnement contenait les termes « 0,25 mètre ». Il y avait donc une erreur matérielle dans la rédaction du décret. Cependant, elle n'obscurcissait pas la volonté réelle du pouvoir réglementaire qui était, non pas d'insérer l'expression après les mots « 0,50 mètre » mais après la mesure de « 0,25 mètre ». Pour le Conseil d'État, l'article 2 du décret en cause « s'entend » ainsi. Corrigeant cette erreur, le juge rend opposable la nouvelle « écriture » aux individus par la publication de sa décision au Journal officiel, signe de l'importance de son geste. En somme, grâce à « une interprétation à visée corrective », le juge se fait correcteur de l'acte[4020].

Comme le relève le professeur Blanco, cet arrêt « témoigne à cet égard de la volonté de préserver l'autorité publique d'annulations inutiles ou néfastes, pour des irrégularités jugées vénielles ou aisément remédiables »[4021]. Il n'est pas question pour le juge de corriger toutes erreurs apparaissant dans la rédaction d'un texte. Il lui faut des éléments solides pour user d'un tel pouvoir :

4018. *ibid*, p. 737. Pour cette raison, le commissaire du Gouvernement se montre favorable à la substitution de motifs en cas de pouvoir discrétionnaire, uniquement sur demande de l'administration. C'est bien ce qui sera réalisé quelques semaines plus tard par l'arrêt *Hallal*.
4019. CE, 4 décembre 2013, *Association France nature environnement et autres*, rec. t. 786 ; *AJDA* 2014, pp. 1722-1725, note F. Blanco.
4020. Note F. Blanco, p. 1723.
4021. *ibid*., p. 1725. Voir également : BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, *op. cit.*, pp. 357-360.

d'une part, une erreur matérielle de rédaction relativement faible, et d'autre part, l'assurance que cette erreur en est bien une et que l'auteur de l'acte voulait faire dire autre chose au texte. La correction ne peut se faire « qu'en l'absence de doute ». Il ne s'agit pas pour le juge administratif d'élaborer sa propre rédaction. Il doit faire primer celle résultant clairement de la volonté du primo-rédacteur. D'usage peu fréquent, ce pouvoir reste toutefois révélateur de la possibilité pour le juge d'adapter son office aux nécessités administratives[4022]. S'il se doit d'être censeur de l'administration et gardien de la légalité, cela ne doit pas se faire sans une appréciation concrète des éléments de chaque affaire. Il peut alors « donner le meilleur effet à sa décision », c'est-à-dire éviter une annulation inutile et sans intérêt, préjudiciable également à la « bonne administration de la justice »[4023].

Le juge de l'excès de pouvoir n'est pas limité au constat de l'illégalité d'un acte, appréciation nécessairement antérieure à son annulation. Il peut aussi se faire correcteur. Les différentes techniques que nous venons d'étudier ont cela en commun qu'elles permettent de protéger l'administration. Certes, elle est protégée contre sa propre erreur en premier lieu. Sans cela, la correction n'aurait pas d'objet. Mais, elle est aussi protégée contre les annulations inutiles. Celles-ci peuvent avoir une portée concrète très faible, lorsqu'il est certain que l'administration reprendra, par la suite son acte.

Le refus d'annuler, au profit d'une correction de l'illégalité, est principalement tourné vers l'administration. Cette démarche ne doit pas léser de façon disproportionnée les droits de l'individu, et il peut être argué d'un intérêt pour la gestion des flux contentieux. Il nous paraît alors excessif de conclure avec Antoine Claeys qu'aux termes de ces jurisprudences, « le solde est positif pour l'administré »[4024]. L'argument de principe repose sur le souci de ne pas entraver inutilement l'activité administrative. Pour ces mêmes raisons aussi, il nous paraît difficile de soutenir que de telles techniques empiètent sur la liberté de l'administration[4025]. Ce point de vue nous semble confirmé par la récente jurisprudence *Commune d'Emerainville* par laquelle le Conseil d'État a reconnu, de façon certaine, que l'administration dispose d'un pouvoir de régularisation d'une décision d'attribution

4022. Ce pouvoir provient d'un arrêt *Caisse d'assurance-accident agricole du Bas-Rhin*, rendu en 2002 (CE, 25 mars 2002, rec. 110).
On peut en trouver un exemple dans un autre arrêt, rendu la même année : CE, 9 octobre 2002, *Syndicat national des pharmaciens gérants hospitaliers publics et privés*, req. n°230737.
4023. CHAPUS (R.), « Georges Vedel et l'action d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une administration de la justice », *RDP* 2003, pp. 3-17, notamment voir pp. 14-16.
4024. CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.,* p. 935 ; « La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir », pp. 299-321, notamment pp. 316-321 in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, *op. cit.*
4025. PEYRICAL (J.-M.), « Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation. Etude de la neutralisation et la substitution des motifs », *AJDA* 1996, pp. 22-34, notamment pp. 32-34.

d'une subvention, lorsque l'illégalité est formelle ou procédurale[4026]. Dans une veine similaire, certaines dérogations à l'effet rétroactif des annulations prononcées par le juge de l'excès de pouvoir s'expliquent par des considérations similaires. Ainsi, comme le reconnaît un rapporteur public, la possibilité pour une autorité locale de prendre une délibération rétroactive suite à l'annulation contentieuse de celle fixant le tarif d'un service public pouvait apparaître se justifier car « en recours pour excès de pouvoir, réalisme économique et pragmatisme juridique se rejoignent ainsi heureusement pour justifier des entorses au principe de non rétroactivité lorsque les impératifs de continuité du service public l'exigent »[4027]. Le juge administratif n'hésite donc pas à se délier de tout conceptualisme pour rechercher des solutions permettant de « surmonter le blocage de l'action administrative »[4028].

Il est tout à fait patent de constater que ces différents éléments ne sont pas nouveaux, mais que leur actualité est toujours grande. Le renouvellement récent de l'emploi de certaines techniques démontre que le juge de l'excès de pouvoir sait aussi se tourner vers l'administration, et pas seulement vers les individus. La « subjectivisation » du recours pour excès de pouvoir, doit à ce titre, être grandement relativisée.

2. La diversité des méthodes reconnues dans le cadre de la *judicial review* : l'attrait pour le pouvoir discrétionnaire dans l'octroi des *remedies*

Tout comme le juge de l'excès de pouvoir, le juge de *judicial review* dispose de différents outils lui permettant d'éviter les conséquences trop absolues de la reconnaissance de l'illégalité de l'acte. Toutefois, ces outils diffèrent de ceux dont dispose le juge français. En effet, l'approche des juristes anglais quant aux effets de l'illégalité d'une décision apparaît très incertaine, et souvent trop absolue. Même si une tendance se dégage afin de tempérer le caractère absolu de la rétroactivité des jugements, elle se trouve encore trop empreinte d'une certaine forme de conceptualisme (a.). Pour autant, deux techniques permettent aux juges de contourner en partie ce problème. D'une part, ils peuvent, dans des conditions très semblables au juge de l'excès de pouvoir, annuler partiellement un acte illégal, afin de préserver les effets de la partie non viciée (b.). D'autre part, et de façon plus originale, ils peuvent adapter les conséquences de leurs décisions à l'importance de l'illégalité en usant du pouvoir discrétionnaire qu'ils détiennent dans l'octroi des *remedies* (c.). Cet outil est d'une

4026. CE, Sect., 1er juillet 2016, *Commune d'Emerainville et syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée – Val-Maubuée*, (cons. 15) rec. 291, concl. Daumas.
4027. Conclusions de Marie-Astrid de Barmon sur l'affaire *Anchling* (CE, Sect., 28 avril 2014, rec. 96 ; *RFDA* 2014, pp. 512-518, voir p. 513).
4028. *ibid*., p. 516.

grande importance, notamment car il permet aux juges de souvent recourir aux déclarations.

a. Les limites aux conséquences de la reconnaissance du caractère nul (*void*) d'un acte administratif illégal : un pragmatisme à développer

En principe, et comme en France, la reconnaissance de l'illégalité de l'acte au terme d'une *judicial review* conduit à le considérer comme nul et non avenu (*void*)[4029]. L'acte étant *ultra vires*, c'est-à-dire pris sans compétence, il est considéré comme non-valide dès son origine. Toutefois, cette vision classique a des conséquences parfois excessives. En rendant un ordre d'annulation, les juges ne font que constater et donner un effet pratique à l'invalidité ; leur décision est en ce sens toujours déclaratoire, et jamais constitutive[4030]. Cette vision, qualifiée d'absolue, a pour conséquence de faire tomber les décisions prises sur le fondement de l'acte illégal. C'est ce que certains auteurs appellent « l'effet domino »[4031]. Les conséquences sont donc importantes, l'illégalité d'un acte pouvant entraîner celles de décisions postérieures. De même, cela ferme la porte à de nombreuses options pour les juges. Par exemple, ils ne peuvent pas ordonner à l'autorité décisionnaire de modifier l'acte ou de le révoquer, puisque, étant illégal, il n'existe pas[4032] ; ni de suspendre l'effet de la reconnaissance de l'illégalité, bien que des réflexions en ce sens se développent[4033]. Pour rigoureuse que soit cette conclusion d'un point de vue logique, en pratique, elle n'est pas toujours souhaitable. Elle ne permet pas aux juges d'adapter les conséquences de leurs décisions au contexte de l'affaire[4034]. De surcroît, elle ne peut pas expliquer comment les juges peuvent constater l'illégalité sans accepter de délivrer un *remedy*. Or, le problème est que suite à l'affaire *Anisminic*, le

4029. WADE (H.W.R.), « Unlawful Administrative Action : Void or Voidable ? », *LQR* 1967, pp. 499-526 (Partie I) et *LQR* 1968, pp. 95-115 (Partie II).
4030. ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit*., pp. 82-113.
4031. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., p. 214 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit*., p. 82.
Les juges ont récemment précisé qu'à l'inverse, une décision reconnue illégale, prise sur le fondement d'un acte, ne permet pas de remettre en cause cet acte : SKINNER (P.), « Retrospective invalidation of administrative decisions – the reverse second actor », *LQR* 2014, pp. 382-385.
4032. *Secretary of State for the Home Department v. JJ* [2007] UKHL 45, [92] (Lord Bingham).
4033. *Ahmed. v. HM Treasury (No. 2)* [2010] UKSC 2, [7] (Lord Phillips). Notamment, Lord Hope rend sur cette question un jugement dissident particulièrement intéressant, considérant que l'intérêt public devrait pouvoir conduire à admettre une telle suspension de l'effet du jugement ([22]). Sur cette affaire, voir : FORSYTH (C.), « The Rock and the Sand : Jurisdiction and Remedial Discretion », *JR* 2013, pp. 360-378 ; SRIRANGAM NADHAMUNIL (V.), « Suspending invalidity while keeping faith with nullity : an analysis of the suspension order cases and their impact on our understanding of the doctrine of nullity », *PL* 2015, pp. 596-613.
Voir également Lord Slynn dans l'affaire *R. v. Governor of Brockhill Prison, ex p. Evans (No. 2)* ([2001] 2 AC 19, pp. 36-37) : « il peut y avoir des situations dans lesquelles il serait nécessaire, et en aucun cas injuste, de décider que l'effet du jugement ne vaut que pour le futur ou que pour certaines personnes ». La même idée est envisagée par Green J. dans l'affaire *R. (on the application British Academy of Songwriters, Composers and others) v. Secretary of State for Business, Innovation and Skills* ([2015] EWHC 2041, [15] – [16]).
4034. Pour une critique : FELDMAN (D.), « Error of law and flawed administrative acts », *CLJ* 2014, pp. 275-314.

concept d'acte *void* a été étendu, car la notion d'erreur affectant la compétence a été élargie.

Parallèlement, une seconde conception, qualifiée de relative, a émergé. Elle se fonde sur la reconnaissance de l'idée que l'illégalité découle de l'appréciation des juges[4035]. Dans ce cas, la nullité de l'acte provient de la décision de *judicial review.* L'approche relative se retrouve également en jurisprudence. Un acte pris par une autorité administrative est présumé légal jusqu'à ce qu'une décision judiciaire ait conclu en sens contraire. Lord Radcliffe a ainsi pu affirmer qu'un acte « ne porte aucune marque de son caractère non valide sur son front » ; ainsi « à moins que les procédures nécessaires aient été faites pour établir cette non-validité et l'annuler ou prendre d'autres mesures, il restera effectif comme tous les actes parfaitement légaux »[4036]. Plus clairement encore, dans l'affaire *Hoffmann La Roche*, Lord Diplock affirme expressément qu' « à moins qu'il y ait un recours, et s'il y en a un, jusqu'à ce qu'il soit confirmé par un jugement, la validité d'un instrument statutaire et la légalité des actes se fondant sur lui sont présumées »[4037]. Lord Reid exprime la même idée[4038].

Cette seconde vision permet une approche pragmatique des conséquences de la reconnaissance de l'illégalité de l'acte. Les juges peuvent affirmer sans hésitation qu'un acte nul a toutefois produit des effets. Lord Browne-Wilkinson, dans *Boddington*, considère ainsi que « la reconnaissance de la non-validité ne peut pas conduire à réécrire l'histoire concernant toutes les choses faites en s'appuyant sur sa validité »[4039]. La présomption de validité de l'acte joue pleinement ici. Tant qu'il n'a pas été remis en cause, il est présumé légal ; il est alors nécessaire de reconnaître que, de bonne foi, des individus ont pu adapter leur comportement en fonction de lui. Cela rend alors nécessaire de promouvoir une forme de sécurité juridique dans l'action administrative[4040]. Il faut donc, pour les cours, réconcilier « le résultat logique » de l'annulation, avec « la réalité de ce

---

4035. TAGGART (M.), « Rival Theories of Invalidity in Administrative Law : Some Practical and Theoritical Consequences », pp. 70-102 in *Judicial Review of Administrative Action in the 1980s. Problem and Prospects*, sous la dir. de M. Taggart, *op. cit.* ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 739-740.
4036. *Smith v. East Rural District Council* [1956] AC 736, p. 769.
4037. *Hoffmann La Roche & Co A.G and others v. Secretary of State for Trade and Industry* [1975] AC 295, p. 365.
Voir également : Lord Denning dans *Lovelock v. Minister of Transport* (1980) 40 P & CR 336, p. 345 : « même s'il est admis qu'une telle décision est « nulle » ou « annulée », elle reste comme elle est tant que rien n'a été fait devant les cours pour la voir reconnue comme étant nulle ».
Lord Diplock a pu réaffirmer ce point quelques années plus tard, dans le cas *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster* : « lorsque le Parlement a fait d'un agent public l'autorité compétente pour certaines décisions, la Haute Cour, agissant comme Cour de révision (reviewing court) en vertu de l'Order 53, n'est pas une cour d'appel. Elle doit agir sur le fondement du principe *tout est présumé avoir été fait correctement* (*omnia praesumuntur rite esse acta*), jusqu'à ce que cette présomption soit remise en cause par le requérant – sur lequel pèse la charge de la preuve » (*Inland Revenue Commissioners v. Rossminster* [1980] AC 952, p. 1013).
Voir également Lord Donaldson MR dans *R. v. Panel on Takeovers and Mergers, ex p. Datafin Plc* ([1987] QB 815). Il en fait une « caractéristique particulière des décisions de droit public » :p. 840) et Lord Phillips dans *Mossell (Jamaica) Ltd v. Office of Utilities Regulations* [2010] UKPC 1, [86].
4038. *ibid*., p. 341.
4039. *Boddington v. British Transport Police* [1999] 2 AC 143, p. 164.
Sur cette affaire : FORSYTH (C.), « Collateral challenge and the foundations of judicial review : orthodoxy vindicated and procedural exclusivity rejected », *PL* 1998, pp. 364-370.
4040. *ibid*, p. 160 (Lord Irvine of Lairg LC).

qui s'est passé en conséquence de la présomption de validité de l'acte »[4041]. Cette idée est retranscrite dans le qualificatif de *voidable* : l'acte est considéré valide jusqu'à sa remise en cause par la décision des juges, ne mettant fin à ses effets que pour l'avenir[4042]. Un tel qualificatif a pu être appliqué à une décision dont le vice était considéré comme minime, conduisant en fait à proportionner la conséquence de l'illégalité à sa gravité[4043]. Historiquement, la distinction entre *void* et *voidable* reposait auparavant sur la différenciation entre erreur de droit affectant la compétence (rendant l'acte *void*) et erreur apparente à la lecture du dossier (l'acte était alors uniquement *voidable*)[4044]. En remettant en cause cette césure, l'affaire *Anisminic* a donc étendu drastiquement la notion d'acte *void*, et les conséquences radicales allant avec.

Pour y pallier, Christopher Forsyth a développé la théorie du « second acteur » (*second actor*)[4045]. L'auteur part de l'idée suivante : si, tant qu'un acte n'est pas reconnu comme nul par les juges il est présumé valide, alors le concept d'acte *void* n'a pas de sens. Il se fait partisan d'une définition absolue de ce concept[4046]. Cependant, bien qu'illégaux, des actes peuvent avoir des effets pratiques[4047]. Il faut alors opérer une distinction entre le monde du droit et le monde du fait[4048]. Dans le premier, l'acte nul n'existe pas, et n'a jamais existé ; dans le second, l'acte a existé et a pu avoir des conséquences. Parmi ces effets, il est possible d'y ranger l'édiction d'autres actes. Ainsi, « son existence en fait, plutôt que sa validité, est la cause de l'acte postérieur, mais cet acte est valide

4041. *ibid*., p. 165 (Lord Slynn).
4042. Le terme de « voidable » peut recevoir différentes applications en jurisprudence. Cependant, en dehors du cas des « erreurs apparentes », son utilisation est contestée : FORSYTH (C.), « « The Metaphysic of Nullity » : Invalidity, Conceptual Reasoning and the Rule Of Law », pp. 141-160 in *The Golden Metwand and The Crooked Cord. Essays on Pulic law in Honour of Sir William Wade QC*, sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., pp. 205-208 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 248-249 et pp. 254-255 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 743-744 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.N.E.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit*., pp. 82-113.
4043. *R. v. Paddington Valuation Officer, ex p. Peachey Property Corp (No. 2)* [1966] 1 QB 360, pp. 401-402 (Lord Denning).
Une telle solution est encouragée par Christopher Forsyth : FORSYTH (C.), « The Rock and the Sand : Jurisdiction and Remedial Discretion », *op. cit.*, pp. 376-377.
Voir : TAGGART (M.), « Rival Theories of Invalidity in Administrative Law : Some Practical and Theoritical Consequences », voir pp. 81-85 in *Judicial Review of Administrative Action in the 1980s. Problem and Prospects*, sous la dir. de M. Taggart, *op. cit.* ; SWERLING (R.), « The Impact of Legal Irregularity », *JR* 1997, pp. 94-97.
4044. RUBINSTEIN (A.), *Jurisdiction and Illegality. A Study in Public Law*, Clarendon Press, Oxford, 1965, 256 pages ; WADE (H.W.R.), « Unlawful Administrative Action : Void or Voidable ? », *op. cit.*, 518-524 ; FORSYTH (C.), « The Rock and the Sand : Jurisdiction and Remedial Discretion », *op. cit.*, pp. 361-362.
4045. FORSYTH (M.), « « The Metaphysic of Nullity » : Invalidity, Conceptual Reasoning and the Rule Of Law », pp. 141-160 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC*, sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; « The Rock and the Sand : Jurisdiction and Remedial Discretion », *op. cit*.
4046. FORSYTH (M.), « « The Metaphysic of Nullity » : Invalidity, Conceptual Reasoning and the Rule Of Law », pp. 142-143. Pour l'auteur, soutenir qu'une décision est valide jusqu'à ce qu'elle soit remise en cause conduit à faire du droit « une arcane mystérieuse que seuls les juges omniscients peuvent comprendre. Cela ne peut être ainsi » (*ibid*., p. 145).
4047. *ibid*., p. 144 : « l'idée la plus importante à développer est que les actes illégaux n'ont aucune existence *en droit*, mais existent *en fait* » (C'est l'auteur qui souligne).
4048. L'auteur utilise la distinction entre le *Sein* et le *Sollen* de Kelsen : *ibid*., p. 147.

puisque l'existence juridique du premier n'est pas une précondition du second »[4049]. Si l'acte postérieur tient sa raison d'être de l'existence en fait, et non en droit, de l'acte illégal alors il peut survivre. En somme, il ne faut pas que l'acte illégal soit le fondement du second, dans le monde du droit, mais ce qui l'a provoqué, dans le monde du fait. L'auteur prend l'exemple d'une somme due par un individu au trésor public. Si l'acte lui réclamant est illégal, cela ne rend pas illégal le montant même qui lui est demandé. De même, si un individu se voit délivrer une autorisation dans laquelle sont insérées légalement certaines conditions, le fait que la personne publique lui enjoigne illégalement de les respecter ne remet pas en cause l'action judiciaire en découlant[4050]. L'intérêt pratique de cette théorie est indéniable. Elle est, aujourd'hui, largement reprise en jurisprudence[4051]. Son application se résume en la détermination de la qualité de « précondition à la compétence » de l'acte illégal[4052]. Cela ne signifie pas qu'une décision prise au regard d'un acte présumé valide, mais reconnu illégal par la suite ne sera jamais remise en cause.

L'affaire *Evans* est un exemple particulièrement intéressant de ce cas de figure[4053]. Il était contesté par la requérante le calcul du nombre de jours qu'elle devait encore passer en prison. La Cour d'Appel lui donne raison. Mais, en fait, l'autorité décisionnaire avait utilisé le mode de calcul existant au jour de sa prise de décision. Or, celui-ci a été modifié dans l'arrêt en cause, par les juges. Considérant leur décision comme rétroactive, ils en concluent à l'illégalité, dès son origine, de l'acte. La décision modifiant la règle de droit, sous couvert de la simple déclaration du droit existant, est aussi celle qui constate l'illégalité de l'acte. Bien évidemment, l'autorité ne pouvait avoir connaissance de cette modification. Sa décision est pourtant considérée comme nulle, car elle fonde directement l'acte en cause. Plus classiquement, dans l'affaire *DPP v. Head*, l'accusation pesant sur l'individu ayant eu des rapports charnels avec une personne considérée comme mentalement déficiente est remise en cause puisque les actes ayant reconnus ce handicap sont nuls. Sans eux, le second acte, l'accusation, ne peut tenir[4054]. Lord Denning a rendu un jugement dissident sur ce point. Afin d'éviter un impact trop important sur l'action administrative, et notamment la remise en cause de tous les actes se fondant sur celui considéré comme illégal, le Lord base son

4049. *ibid*., p. 147.
4050. *ibid*., pp. 148-149. Ces deux exemples proviennent respectivement des arrêts *Woolwich Equitable Building Society v. Inland Revenue Commissioners* ([1993] AC 70) et *R. v. Wicks* ([1997] 2 WLR 876).
4051. Lord Steyn la cite explicitement en l'approuvant : *Boddington v. British Transport Police* [1999] 2 AC 143, p. 172.
De même, voir Stuart-Smith LJ dans *R. v. Central London County Court, ex p. London* ([1999] QB 1260, [34]-[36] : la question des pouvoirs du « second acteur » ne se posait pas directement, mais a toutefois été étudiée par le juge) ; voir Brooke LJ dans *ID and ors v. The Home Office* [2005] EWCA Civ 38 [82].
4052. Cela est particulièrement visible dans l'affaire *AAM (A Child) v. Secretary of State for the Home Department* [2012] EWHC 2567 [103]-[105] : il est recherché, au regard de la théorie de Christopher Forstyh, si l'erreur commise lors de l'évaluation de l'age du requérant était une précondition de fait pour prendre la décision de mise en rétention. La réponse est ici négative.
4053. *R. v. Governor of Brockhill Prison, ex p. Evans (No. 2)* [2001] 2 AC 19.
4054. *DPP v. Head* [1959] AC 83.

jugement sur l'idée que l'acte est uniquement *voidable*.

La distinction des deux concepts n'est pas des plus claire, et leur utilisation en jurisprudence est incertaine. Les effets de l'illégalité d'un acte varient grandement suivant les cas. Or, en fait, la vision absolue et la vision relative ne sont pas en complète opposition. Il est bien évident que la nullité de l'acte doit être constatée pour produire ses effets. Plus exactement, la décision des juges permet de l'empêcher d'avoir des conséquences. Mais, sans elle, l'acte reste en vigueur. Il est inséré dans le droit et ne peut être traité différemment des autres actes, car rien ne l'en distingue formellement. En revanche, il est tout aussi évident que, d'un point de vue strictement juridique, ce n'est pas la décision des juges qui rend l'acte illégal. Elle ne fait que constater les vices l'affectant. Ainsi, Lord Steyn peut affirmer, à propos de la présomption de validité des actes administratifs, qu' « il n'y a aucune *règle* rendant valides les actes non valides »[4055] ; Lord Phillips considère, quant à lui, que des actes pris en excès de pouvoir ne pouvant avoir des effets en droit, « la finalité de les annuler est de veiller à ce que soit bien le cas »[4056]. Il y a une dimension passive dans le rôle des juges (*constat* de l'illégalité et donc de la non-validité) de laquelle découle une dimension active (*décision* purgeant l'ordre juridique de l'illégalité). Cela conduit à une certaine contradiction entre le principe de la présomption de validité et le rôle passif de constat des juges.

Une vision trop absolue du concept d'acte *void*, ne permet pas d'arriver au pragmatisme dont doit faire preuve la jurisprudence. Pis, elle conduit à empêcher les juges de développer des pouvoirs comparables à ceux dont dispose le juge de l'excès de pouvoir. Le principe doit être celui de l'annulation ; mais certaines exceptions doivent être ouvertes, tant au profit des individus que de l'administration[4057]. De même en France, la déclaration d'illégalité d'un acte réglementaire, par voie de l'exception, est en partie indépendante de l'annulation, et est soumise à un régime juridique distinct. L'acte réglementaire déclaré illégal *ab initio* survit pourtant dans l'ordre juridique et peut fonder une action future de l'administration[4058]. Dans la même veine, et de plus en plus, le juge de

4055. *Boddington v. British Transport Police* [1999] 2 AC 143, p. 174 (C'est l'auteur qui souligne).
4056. *Ahmed v. HM Treasury (No 2)* [2010] UKSC 5 [4].
Voir sur cette affaire : FORSYTH (C.), « The Rock and the Sand : Jurisdiction and Remedial Discretion », *op. cit.*, pp. 369-376.
4057. Voir en ce sens : FELDMAN (D.), « Error of law and flawed administrative acts », *op. cit.* ; SRIRANGAM NADHAMUNIL (V.), « Suspending invalidity while keeping faith with nullity : an analysis of the suspension order cases and their impact on our understanding of the doctrine of nullity », *op. cit.* ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 747-748.
De même, voir le jugement de Lord Hope dans *Ahmed v. HM Treasury (No 2)* ([2010] UKSC 5) et l'analyse de Christopher Forstyh (FORSYTH (C.), « The Rock and the Sand : Jurisdiction and Remedial Discretion », *op. cit.*, pp. 369-376).
4058. SEILLER (B.), « Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique », *RFDA* 2014, pp. 721-734.

l'excès de pouvoir accepte de tempérer les effets de ses décisions d'annulation. Une telle approche, plus pragmatique que conceptuelle, est à promouvoir.

L'approche plus souple ne nécessite pas forcément d'étendre le concept flou de *voidable*. Cela ressort par exemple nettement d'un article classique écrit il y a plus de cinquante ans par William Wade[4059]. L'auteur adopte une position particulièrement critique sur le développement du vocable d'acte *voidable*, notion qu'il considère inadaptée au droit administratif et porteuse de confusions. Selon lui, l'acte *ultra vires* est non-valide, mais il n'est pas *void* pour autant ; pour être *void*, une décision de justice est nécessaire ; mais dans l'attente d'une telle décision, et *a fortiori* en son absence, l'acte produit toutefois ses effets. En somme, l'acte peut n'être formellement jamais déclaré *void* en lui-même, ce qui ne purge pas l'illégalité. Mais, bien plus, pour William Wade, même si les juges sont saisis d'un tel acte *ultra vires*, ils peuvent refuser de l'annuler, en usant du pouvoir discrétionnaire qu'ils détiennent dans l'octroi des *remedies*. Comme nous le verrons par la suite, tel peut être le cas si le requérant n'avait qu'un intérêt faible à la remise en cause de l'acte. Dès lors, si d'autres décisions sont prises sur son fondement, elles pourront alors être attaquées et être annulées. Cette approche, aujourd'hui défendue par Paul Craig, basée sur la conception classique du lien entre *ultra vires* et *void*, et tempérée par le pouvoir discrétionnaire des juges, paraît plus simple, et moins conceptuel[4060]. Elle conduit à disjoindre le constat de l'illégalité et ses conséquences sur la validité de l'acte. Ces deux étapes doivent être mieux distinguées pour permettre au juge d'avoir un rôle plus actif. La cohérence du système juridique serait préservée, l'approche des juges gagnerait également en cohérence, pragmatisme et souplesse.

b. La possibilité d'une invalidation partielle ou d'une correction de l'acte

Le constat de l'illégalité de l'acte ne conduit pas nécessairement à la reconnaissance de son invalidité totale. Dans certains cas, une forme de découpage (*severance*) peut être opérée. Elle permet alors d'extraire la partie viciée de l'acte, pour la remettre en cause, tout en maintenant la validité des autres dispositions. Peu étudiée en doctrine, semble-t-il, cette technique est appelée à jouer principalement dans le domaine des octrois d'autorisation ou des actes de portée générale[4061].

4059. WADE (H.W.R.), « Unlawful Administrative Action : Void or Voidable ? », *LQR* 1967, pp. 499-526 (Partie I) et *LQR* 1968, pp. 95-115 (Partie II).
4060. CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 747-748.
4061. BRADLEY (A.W.), « Judicial enforcement of ultra vires byelaws : the proper scope of severance », *PL* 1990, pp. 293-300 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 295-297 ; MANNING (J.), SALMON (S.) et BROWN (R.), *Judicial review proceedings. A practitioner's guide*, 3e éd., Legal Action Group, Londres, 2013, pp. 258-259 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 757.

Elle est d'une grande similitude avec l'annulation partielle présente dans la jurisprudence de l'excès de pouvoir : elle ménage le respect du droit et la liberté de l'administration, justifiant autant l'usage de cette technique que ses limites.

Concernant les décisions d'autorisation, elle permet de maintenir le corps de l'acte (l'autorisation) et d'annuler certaines des conditions posées par l'autorité décisionnaire, jugées illégales. La logique qui préside à la jurisprudence est relativement simple, en théorie : si l'élément illégal est de faible importance, sans rapport véritable avec l'objet de l'autorisation[4062], ou bien si l'acte conserve des motifs permettant de considérer que l'autorité l'aurait quand même octroyé sans sa partie viciée, alors les juges peuvent opérer une invalidation seulement partielle. À l'inverse, si le constat d'illégalité porte sur un élément affectant les conditions de réalisation du projet promu par l'autorité publique, alors il devra être entièrement annulé[4063]. Le problème de cette méthode juridictionnelle est qu'elle impose aux cours d'attribuer « une intention spéculative à l'organe administratif »[4064]. Toutefois, elle est d'une grande utilité. Le refus de l'annulation totale de tels actes permet de contourner les effets classiquement attribués au caractère *void* d'une décision. En agissant ainsi, les juges peuvent éviter la remise en cause totale de toutes les décisions prises à la suite de l'acte vicié. L'invalidation seulement partielle permet également d'éviter d'imposer à l'administration une décision aux conséquences importantes, et la laisse ainsi libre de pouvoir modifier son action. Dans l'affaire *Kent CC v. Kingsway Investments (Kent) Ltd*, Lord Reid, rendant un jugement minoritaire, considère illégale la condition posée à une autorisation d'urbanisme prévoyant que celle-ci ne produira plus d'effet si l'autorité décisionnaire n'a pas validé, dans les trois ans, un plan détaillé de développement élaboré par le bénéficiaire[4065]. Toutefois, selon le Lord, cette condition peut être séparée de l'autorisation en elle-même ; celle-ci doit rester en vigueur et l'autorité décisionnaire est libre de revoir les autorisations octroyées. L'annulation partielle ménagerait donc le respect de la légalité, la situation des individus et la liberté de l'administration.

Pour ce qui est des actes de porté générale pris par les autorités locales, la décision de principe est l'affaire *DPP v. Hutchinson*[4066]. Confrontée à un acte dont l'un des pans était

4062. *Kent CC v. Kingsway Investments (Kent) Ltd* [1971] AC 72, pp. 90-91 (Lord Reid) et pp. 102-103 (Lord Morris).
4063. *idem*.
4064. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., p. 295.
4065. *idem*. Dans le même sens, voir le jugement de Lord Upjohn qui, concluant dans le même sens que Lord Reid quant à la légalité de la condition, considère également qu'elle n'est que collatérale et n'influe pas sur la substance même de l'autorisation : pp. 112-114.
4066. *DPP v. Hutchinson* [1990] 2 AC 783. Voir le commentaire de A.W. Bradley : « Judicial enforcement of ultra vires byelaws : the proper scope of severance », *op. cit*.
Voir également : WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., pp. 295-297 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, p. 757.

manifestement contraire à la loi, la Chambre des Lords va établir deux méthodes possibles de découpage. La première est qualifiée de « découpage textuel » ou encore de « test du crayon bleu » : les juges regardent si le simple fait de « barrer au crayon » la disposition ou certains de ses termes permet de maintenir la cohérence et la logique grammaticale du texte[4067]. La seconde méthode, qualifiée de substantielle, intervient lorsque la première a échoué. Dans ce cas, les juges se demandent si l'invalidation partielle porte atteinte « au but, à l'exécution ou à l'effet » de l'acte[4068]. Là encore, ils doivent se mettre à la place de l'autorité décisionnaire et déterminer si le texte aurait été adopté, ainsi corrigé, par l'autorité décisionnaire ; en cas de réponse négative, les juges annulent l'acte entièrement[4069]. L'utilisation ou non de cette technique repose en grande partie sur le respect du pouvoir d'appréciation de l'administration. Dans tous les cas, il s'agit de ne pas empiéter dessus.

La possibilité de corriger un acte a été étendue aux cas où celui-ci ne comporte pas un élément pourtant obligatoire, et se rapproche en cela de l'annulation « en tant que ne pas ». Dans ce cas, l'omission n'est pas rectifiée par les juges eux-mêmes, mais par l'autorité administrative, sur autorisation des juges ; en somme, ils lui confient leur « crayon bleu ». Cette possibilité a été reconnue par Sedley LJ dans l'affaire *National Association of Health Stores*[4070]. Plusieurs conditions sont toutefois nécessaires : il faut que l'omission soit corrigible, qu'elle ne change pas la substance du texte et qu'elle n'ait pas causé de préjudice pour les individus. En l'espèce, l'interdiction de vendre une herbe médicinale ne comportait aucune exception concernant celles encore sur le marché ; reconnaissant son erreur, l'autorité publique a amendé l'acte, ce que valide la Cour d'Appel. Qualifiée de « pragmatique » par une partie de la doctrine[4071], cette méthode évite, dans les termes mêmes de Sedley LJ, de faire « triompher la logique sur la raison »[4072]. Elle permet à l'autorité décisionnaire « d'insérer la brique manquante », afin d'éviter que « toute la structure ne s'effondre », en appliquant la même logique que celle développée dans l'affaire *DPP v. Hutchinson*[4073].

Parfois, en dehors du cas de découpage induit par la reconnaissance d'une illégalité partielle, les juges restreignent le champ d'application d'un acte afin de ne le faire jouer qu'envers ceux pour qui il est légal. Dans l'affaire *Aylesbury Mushrooms Ltd*, le ministre du Travail souhaitait établir une

4067. BRADLEY (A.W.), *ibid.*, p. 296.
4068. *idem*.
4069. *R. v. Inland Revenue Commissioners ex p. Woolwich Equitable Building Society* [1990] 1 WLR 1400, pp. 1413-1414 (Lord Oliver).
4070. *R. (on the application of National Association of Health Stores) v. Secretary of State for Health* [2005] EWCA Civ 154. Voir : STEELE (I.), « Note on R. (national Association of Health Stores) v. Department of Health », *JR* 2005, pp. 232-236.
4071. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, p. 297.
4072. *ibid.*, [16].
4073. [20].

commission regroupant les industries agricoles, horticoles et forestières[4074]. Cet organe devait fonctionner grâce à une taxe payée par les membres. Avant de pouvoir l'établir, le ministre devait toutefois consulter toutes les associations représentatives des secteurs concernés. Tel n'avait pas été le cas de l'une d'entre elles, dont la lettre de convocation n'est, semble-t-il, jamais arrivée à destination. La commission est mise en place, et l'association non consultée n'apprend son existence que par la suite, contestant alors son rattachement. La Cour du Banc du Roi lui donne raison, et plutôt que d'annuler l'acte fondant l'existence et la compétence de la commission, considère que l'association n'en fait pas partie, car, n'ayant pas été consultée, elle n'a pas d'existence légale envers elle[4075].

Ces jurisprudences illustrent la capacité des juges à ne pas traiter la reconnaissance d'une illégalité de façon absolue. Si une partie de l'acte peut être isolée et extraite, les juges pourront maintenir la partie restante à condition de ne pas empiéter sur le pouvoir de l'administration.

c. Le pouvoir discrétionnaire des juges dans l'octroi des *remedies*

L'un des traits caractéristiques de la *judicial review*, hérité de son histoire, est le caractère discrétionnaire des *remedies*. Lorsqu'un requérant introduit un recours, il l'assortit d'une demande de *remedy* afin de permettre de garantir sa situation. Il dispose à cette fin de cinq *remedies* différents : l'ordre d'annulation, l'ordre d'obligation de faire, l'ordre d'interdiction (qui joue lorsque l'acte n'a pas encore été exécuté), l'injonction et la déclaration. L'injonction peut être délivrée durant le procès afin d'empêcher l'exécution d'une décision administrative affectant le requérant (*interim injunction*)[4076] ; la tâche s'annonce difficile, car les juges pratiquent une « mise en balance des inconvénients » (*balance of convenience*), entre la protection de la situation du requérant et l'exécution de l'activité administrative poursuivant un but d'intérêt public. Présumée légale et légitime, la décision a un poids particulièrement important[4077]. L'injonction en cours d'instance est

4074. *Agricultural, Horticultural and Forestry Industry Training Board v. Aylesbury Mushrooms Ltd* [1972] 1 WLR 190.

4075. FELDMAN (D.), « Error of law and flawed administrative acts », *op. cit.*, pp. 293-294.

4076. C'est un tel remède qui avait été rendu dans l'affaire *M. v. The Office* ([1994] AC 377) pour empêcher le renvoi du requérant dans son pays d'origine. Le jugement rendu marque l'extension de ce remède sur la Couronne. Ce principe a été réaffirmé par Brooke LJ dans *YD (Turkey) v. Secretary of State for the Home Department* ([2006] EWCA Civ 52, [24]).

Voir : CANE (P.), « The Constitutional Basis of Judicial Remedies in Public Law », pp. 242-270 in *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, *op. cit* ; WALKER (P.), « Remedies : Mandatory, Prohibiting and Quashing Orders » pp. 453-476 et « Declarations, Injunctions and Money and Restitutionary Remedies », pp. 477-516, in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; FORSYTH (C.), « The Rock and the Sand : Jurisdiction and Remedial Discretion », *op. cit.*

4077. Un intérêt commercial dans la suspension de la décision ne suffit pas à faire pencher la balance du côté de la société requérante, surtout lorsque la décision a un intérêt public fort et qu'il n'apparaît pas judicieux d'empêcher son

toutefois possible lorsque l'exécution de la décision est imminente et aura des conséquences irréversibles[4078]. De même, une déclaration temporaire (*interim declaration*) peut être délivrée, grâce à la réforme du *Civil Procedure Rules* de 2000. Elle reste en revanche très peu utilisée contre les décisions administratives[4079]. Le requérant peut aussi joindre une demande de dommages et intérêts (*damages*) : dans ce cas, il devra prouver l'illégalité de l'acte, mais également qu'elle est constitutive d'un des cas de responsabilité de l'administration, prévu en droit privé[4080]. Les dommages et intérêts sont difficilement accordés et jouent un rôle minime de par leurs conditions d'octroi particulièrement strictes. D'autant plus que la preuve de la responsabilité de l'administration requiert une étude attentive et détaillée des faits, et de son comportement, élément peu adapté à la procédure de *judicial review*[4081]. L'avantage pour le requérant réside dans le fait qu'il peut demander un ou plusieurs *remedies* combinés : tel est souvent le cas d'un ordre d'annulation et d'un ordre d'obligation de faire. Mais, sur ce point, la volonté du requérant n'oblige en rien les juges. C'est en cela que les *remedies* sont discrétionnaires : les juges peuvent constater l'illégalité tout en refusant tout *remedy*, ou bien en choisir un qui n'était pas évoqué par le demandeur[4082]. Les juges peuvent directement renvoyer l'affaire à l'administration pour qu'elle prenne une décision conforme au jugement rendu, ou la prendre eux-mêmes, là aussi depuis la réforme du *Civil Procedure Rules*[4083].

Le pouvoir discrétionnaire des juges dans le choix du *remedy* est d'une grande importance puisqu'il permet d'adapter les effets d'une décision juridictionnelle au contexte du litige. En cela, ce pouvoir discrétionnaire se concilie mal avec le conceptualisme parfois trop important attribué à la notion de *void* : les juges peuvent faire varier les effets du constat de l'illégalité, c'est donc bien que l'acte existe, et a pu produire des conséquences qu'il faut parfois prendre en compte. Sur ce point, la jurisprudence anglaise apparaît souvent pragmatique, et parvient à adapter les effets de ses décisions

---

exécution (*R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. Monsanto plc* [1999] QB 1161, pp. 1172-1173 (Rose LJ)). L'administration ne doit pas être contrariée ici.

4078. Tel est le cas lorsque la décision concerne un immigré pouvant être renvoyé à tout moment. Dans ce cas, la présomption lui est favorable, l'intérêt public ne s'opposant que faiblement à la suspension : *R. (on the application of NB (Algeria)) v. Secretary of State for the Home Department* [2012] EWCA Civ 1050, [39] (Lord Neuberger).
De même, dans l'affaire *R. (on the application of HN(Afghanistan)) v. Secretary of State for the Home Department* ([2016] EWCA Civ 123), une telle injonction a été délivrée pour empêcher l'exécution d'un ordre de renvoie collectif de migrants par le même avion. Il faut donc une double condition : que la décision concerne un groupe identifiable d'individus et une condition d'urgence (Cette double condition a été confirmée : *R. (on the application of Majit) v. Secretary of State for the Home Department* [2016] EWHC 741).

4079. CPR Part 25.1 (1).
Voir : WOOLF (H.) et WOOLF (J.), *The Declaratory Judgment*, Sweet & Maxwell, Londres, 2011, 341 pages, pp. 89-94 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.N.E.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 456-457.

4080. CPR Part 54.3 (2) et *Supreme Court Act* 1981, s. 31 (1)(b).

4081. ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 585-586.

4082. PITT-PAYNE (T.), « Restrictions on the Availability of Judicial Review », pp. 517-537 notamment pp. 529-537 in *Judicial Review,* 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; FELDMAN (D.), « Error of law and flawed administrative acts », *op. cit.*, pp. 309-312.

4083. CPR Partie 54. 19(3).

au contexte de l'affaire[4084]. Les juges anglais ne disposent pas d'un pouvoir de substitution de base légale ou de motifs comme le juge de l'excès de pouvoir. Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire dans l'octroi des *remedies* constitue une alternative, ayant des conséquences très similaires.

Ainsi, une illégalité de faible importance peut conduire les juges à refuser un *remedy* : dans ce cas, il s'agit de « peser le préjudice pour le public ou les intérêts privés causé par la remise en cause de l'acte, contre le préjudice supporté par le public et le requérant »[4085]. Une telle solution peut ainsi reposer sur la prise en compte des nécessités de l'action administrative : par exemple, en ne prenant pas correctement en compte l'ensemble de ses obligations lorsqu'elle adopte la décision d'augmenter les frais universitaires, l'autorité décisionnaire commet une erreur substantielle, et pas seulement technique : toutefois, il n'est pas certain qu'en remplissant toutes ces obligations la décision aurait été différente, ce d'autant plus que le niveau de frais fixé est acceptable ; au regard de ces éléments, « l'annulation ne serait pas un remède proportionné », conduisant le juge à rendre une simple déclaration[4086]. Cette conclusion est similaire lorsqu'est en cause une violation du droit de l'Union européenne, bien que dans ce cas, la nécessité de rétablir le droit, et le respect du principe d'effectivité du droit de l'Union, diminue le pouvoir discrétionnaire des juges[4087].

En règle générale, les juges se doivent d'évaluer l'impact d'un ordre d'annulation ou d'obligation de faire afin d'éviter le « chaos administratif et les inconvénients publics »[4088]. En agissant ainsi, ils peuvent même conclure au rejet de la déclaration, eu égard à la faiblesse de l'illégalité et de l'impact qu'aurait l'octroi d'un *remedy* même non-coercitif[4089]. De même, si le recours a été introduit dans les temps, mais que du fait des délais pour juger, l'impact sur la « bonne administration » serait trop important, les juges peuvent refuser de rendre un *remedy*[4090]. Dans une

4084. Elle l'est d'ailleurs trop au goût de Thomas Bingham qui a appelé à une meilleure structuration et à plus de clarté dans l'utilisation de ce pouvoir par les juges : BINGHAM (T.), « Should public law remedies be discretionary ? », *PL* 1991, pp. 64-75.
4085. Sales J. dans *R. (on the application of Gibson) v. Harrow District Council* [2013] EWHC 3449.
4086. *R. (on the application of Hurley and Moore) v. Secretary of State for Business, Innovation and Skills* [2012] EWHC 201, [99] (Elias J.).
Voir : FORSYTH (C.), « The Rock and the Sand : Jurisdiction and Remedial Discretion », *op. cit.*, pp. 365-367.
4087. *Walton v. Scottish Ministers* [2012] UKSC 44, [135] (Lord Carnwath).
Voir : VARUHAS (J.N.E.), « Judicial review : standing and remedies », *CLJ* 2013, pp. 243-247 ; REID (C.), « The end of the road for Walton », *Juridical Review* 2013, pp. 53-61.
4088. *R. v. Paddington Valuation Officers, ex p. Peachey Property Corporation Ltd* [1964] 1 WLR 1186, p. 1195 (Widgery J).
Ainsi, dans l'affaire *Argyll Group*, Sir John Donaldson affirme : « nous devons définir nos obligations en prenant correctement en compte les besoins de l'administration publique » (*R. v. Monopolies and Mergers Commission, ex p. Argyll Group Plc* [1986] 1 WLR 763, p. 774).
Voir : SWERLING (R.), « The Impact of legal irregularity », *JR* 1997, pp. 94-97.
4089. Cette possibilité est envisagée dans le cadre de l'élaboration d'un schéma de réorganisation d'une école, dont la procédure est affectée de certains vices procéduraux minimes : *Coney v. Choyce* [1975] 1 WLR 422, pp. 436-437 (Templeman J).
4090. *R. (on the application of Catt) v. Brighton and Hove City Council* [2007] EWCA Civ 298, [49] (Pill LJ).
Ce pouvoir leur est ouvert par les textes : Section 31 (6) du *Senior Courts Act* de 1981.

veine similaire, le manque de promptitude pour faire une *judicial review* peut jouer sur la nature, voire sur l'octroi même, d'un *remedy*. Plus le temps passe, et plus les juges seront enclins à rendre uniquement une déclaration, plutôt qu'un ordre d'annulation. En revanche, lorsque la décision en cause affecte gravement un individu, les juges sont plus enclins à la reconnaître *void* et à rendre un ordre d'annulation[4091]. Dans ce cas, ce dernier permet d'assurer la bonne exécution du jugement auprès de l'organe concerné. Les juges peuvent également, suite à un tel ordre, renvoyer l'affaire devant l'autorité administrative compétente[4092]. Néanmoins, si l'acte en cause a déjà produit tous ses effets, les juges pourront refuser un *remedy*[4093].

Le refus d'un *remedy* du fait de la faible importance de l'illégalité est maintenant envisagée dans le *Criminal Court and Justice* de 2015 puisque le principe suivant lequel les juges doivent refuser une demande si le vice allégué n'a pas pu influencer le fond de la décision s'applique également ici ; dès lors, si l'illégalité découle d'une carence procédurale ou formelle de faible importance, les juges ne devront pas délivrer de *remedies*[4094]. Ainsi, dans l'affaire *Hawke*, relevant la faiblesse de l'illégalité en cause, découlant d'un manque de prise en compte suffisant d'un élément, le juge considère que même s'il doit refuser la déclaration, pourtant sans effet pratique, son jugement constatant l'illégalité suffit à rendre l'acte *void*[4095]. Au-delà de la confusion théorique qu'entretient une telle affirmation, ses conséquences pourraient n'être pas négligeables puisqu'une décision prise sur le fondement de cet acte pourrait alors être attaquée par la voie de l'exception d'illégalité (*collateral challenge*).

Le caractère discrétionnaire des *remedies* pousse souvent les juges à utiliser la déclaration[4096]. Permettant de résoudre une question de droit de façon générale, elle se présente

4091. *Ahmed v. HM Treasury (No. 2)* [2010] UKSC 5 : l'acte autorisant le ministre à geler les actifs d'individus inscrits sur les listes internationales de personnes suspectées d'appartenir à Al-Qaïda, sans limites de temps, est illégal et doit être annulé. Le jugement ne peut pas être suspendu.
4092. Partie 54.19 (2) du *CPR*.
4093. *R. (on the application of Edwards) v. Environment Agency (No. 2)* [2007] Env. LR 9 [216] (Auld LJ) : l'annulation d'une procédure visant à consulter des individus peut être inutile si les données concernées ne sont plus d'actualité.
4094. Cette disposition n'est pas sans entrer en résonance avec la loi du 17 mai 2011 visant à la simplification et à l'amélioration du droit. En son article 70, elle prévoit : « Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision ». Seulement, la loi de 2011 ne semble pas avoir produit un bouleversement dans la pratique des juges. Elle a, revanche, inspiré la jurisprudence *Danthony*. Si elle a pu susciter des critiques, ce n'est en rien comparable avec les débats qui ont eu lieu en Angleterre concernant le *Criminal Court and Justice Act* de 2015. Voir : NOYER (B.) et MELLERAY (F.), « L'apport au contentieux administratif de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit », *DA* août-septembre 2011, pp. 13-17.
4095. *R. (on the application of Hawke) v. Secretary of State for Justice* [2015] EWHC 4093.
4096. GORDON (J.B.), « The advantages of declaratory judgment in administrative law », *MLR* 1955, pp. 138-147 ; ZAMIR (I.), « The Declaratory Judgment v. The Prerogative Orders », *PL* 1958, pp. 341-357 ; WAINWRIGHT (R.), « L'action déclaratoire en droit administratif anglais », *EDCE* 1981-1982, pp. 23-30 ; WALKER (P.), « Declarations, Injunctions and Money and Restitutionary Remedies », voir pp. 486-501 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; WOOLF (H.) et WOOLF (J.), *The Declaratory Judgment*, 4e éd., Sweet &

comme un ordre non coercitif et donc non invasif pour l'action administrative[4097]. Ses avantages sont donc nombreux puisqu'elle a une portée prospective forte, lui donnant un rôle pédagogique, sans pour autant apparaître excessive pour l'administration. De ce fait, son utilisation est particulièrement utile lorsque l'illégalité est faible et n'aurait pas changé en substance la décision[4098] ; ou, dans la même veine, si c'est un acte de portée générale, et non individuelle, qui est entaché d'un vice procédural, car dans ce cas l'annulation risquerait d'avoir des effets disproportionnés[4099]. Elle permet aussi de résoudre une question de droit, avant même que le problème ne soit concrètement réalisé. L'exemple de l'affaire *Miller* est ici particulièrement saillant. La Cour Suprême a pu affirmer qu'une loi était nécessaire pour permettre la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, alors même qu'aucun acte n'avait encore été pris[4100]. La plus grande fréquence de l'utilisation de la déclaration démontre la volonté des juges de ménager, lorsque c'est possible, le respect du droit, le rôle des cours et le pouvoir des organes décisionnaires. La déclaration permet de laisser le bénéfice du doute à l'administration dans le respect du droit, surtout si elle s'engage à prendre les mesures nécessaires ; ou lorsqu'elle a tout fait pour se conformer à la légalité[4101]. Mais, lorsque la violation est répétée, ou que des événements politiques peuvent faire douter de la bonne foi du Gouvernement dans le respect de ses obligations, alors les juges sont prêts à rendre des ordres coercitifs, comme une obligation de faire[4102]. Toutefois, un tel *remedy*, dont le non-respect est constitutif d'un outrage à la Cour, est utilisé avec parcimonie[4103]. Notamment, lorsqu'est en cause une décision dont les conséquences peuvent être difficiles à évaluer, et ouvrant donc la porte à la déférence dans le contrôle, les juges seront plus enclins à l'annuler ou la déclarer illégale. L'ordre d'obligation de faire, s'il peut concerner un pouvoir discrétionnaire en obligeant l'administration à en user correctement, voit son champ restreint quand joue la déférence[4104]. D'un point de vue général, l'utilisation du pouvoir discrétionnaire des juges dans ce domaine reflète la mise en balance entre l'obligation de

Maxwells, Londres, 2011, 341 pages.

4097. ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.N.E.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit*., p. 455.

4098. *R. (on the application of O) v. Secretary of State for the Home Department* [2016] UKSC 19 : l'erreur procédurale commise par l'autorité décisionnaire dans l'évaluation de la maladie mentale d'une femme placée en rétention, en vue de son expulsion, n'a pas influé sur la date à laquelle elle a été relâchée.

4099. *R. v. Secretary of State for Social Services, ex. p. Association of Metropolitan Authorities* [1986] 1 WLR 1, pp. 14-15 (Webester J.).

4100. *R (on the application of Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

4101. Dans ce cas, un ordre d'obligation de faire peut être refusé, au profit d'une déclaration : *R. v. Bristol Corporation, ex p. Hendy* [1974] 1 All ER 1047, p. 1051 (Scarman LJ).

4102. *R. (on the application of ClientEarth) v. Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs* [2015] UKSC 28, [30] – [31] (Lord Carnwath).

4103. La reconnaissance d'un outrage à la Cour (*Contempt of Court*) est en principe suffisamment infamante pour que l'autorité se plie à l'ordre des juges. Toutefois, aucune mesure coercitive ne peut être prise. Tout au plus, elle pourra être condamnée à payer les coûts de la procédure. La sanction la plus efficace reste alors politique et passe, pour ce qui est des ministres et leurs ministères, par une mise en cause de leur responsabilité par le Parlement.

4104. WALKER (P.), « Remedies : Mandatory, Prohibiting and Quashing Orders », voir pp. 468-476 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit.* ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit*., pp. 464-465.

corriger les vices présents dans l'ordre juridique, de protection des individus et de ne pas entraver excessivement l'action administrative[4105].

La déclaration, comme *remedy*, ne doit pas être confondue avec l'action en déclaration de droits, dont certains auteurs font la promotion au sein du recours pour excès de pouvoir en s'inspirant du droit allemand[4106]. Celle-ci constitue un « droit à l'acte » puisque « le requérant demande au juge qu'il condamne l'administration à édicter un acte administratif qu'elle lui a illégalement refusé ou qu'elle aurait illégalement omis de prendre »[4107]. Sous l'effet du renforcement et de la diversification des pouvoirs du juge français, le débat pourrait sembler perdre de son intérêt[4108]. Néanmoins, l'utilisation parfois jugée insuffisante du pouvoir d'injonction par le juge de l'excès de pouvoir pousse certains auteurs à faire revivre la question[4109]. Sur ce point, la déclaration telle qu'elle existe en Angleterre ne vient pas au secours de cette proposition, qui nous semble inappropriée au système français. La diversification des pouvoirs du juge administratif français nous semble aujourd'hui suffisante pour lui permettre d'adapter les conséquences de sa décision aux circonstances d'une affaire. Toutefois, comme nous l'avons déjà affirmé, il pourrait être utile d'abandonner le système de l'économie des moyens, et de développer une rédaction plus longue des jugements : cela permettrait alors aux juges de mieux rendre compte des obligations légales pesant sur l'action administration, mais aussi, par corollaire, de mieux définir les droits des individus[4110]. Ces éléments constituent un prérequis nécessaire à une certaine forme de déclaration de droits qui serait incidente, et non principale, et permettrait à l'administration de mieux connaître le cadre juridique dans lequel elle évolue[4111]. Cela n'équivaudrait toutefois pas à un droit à la décision pour le requérant, car, toujours restreint par les limites argumentatives inhérentes au procès, le juge ne

4105. DALY (P.), « Administrative Law : A Values-based Approach », voir pp. 38-42 in *Public Law Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell et al., *op. cit*.
4106. WOEHRLING (J.-M.), « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », pp. 777-791 in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996 ; MELLERAY (F.), « Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir », *RDP* 1998, pp. 1089-1129 ; ABDEREMANE (K.), « L'action en déclaration de droit comme argument de droit comparé », pp. 253-282 in *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, sous la dir. de F. Melleray, Bruylant, Bruxelles, 2007 ; BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 2010, 693 pages, pp. 498-505 ; JACQUEMET-GAUCHE (A.), « Pouvoir d'injonction et action en déclaration de droits – Une comparaison franco-allemande », *RFDA* 2015, pp. 662-665.
Elle se rapproche bien plus de la déclaration d'illégalité consécutive à la reconnaissance de l'illégalité d'un acte réglementaire par la voie de l'exception : SEILLER (B.), « Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique », *RFDA* 2014, pp. 721-734.
4107. ABDEREMANE (K.), *ibid*., p. 254.
4108. LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, thèse, 2011, LGDJ, Paris, 586 pages, entre pp. 218-219 ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 1007-1019 ; ABDEREMANE (K.), *ibid*., pp. 257-259.
4109. BLANCO (F.), *ibid.*, pp. 503-504.
4110. Voir s*upra* : Partie I, Titre I, Chapitre I, Section III, III, 1, b, γ.
4111. BLANCO (F.), *ibid.*, p. 499.

pourrait connaître de l'ensemble de la situation. L'avantage réside dans ce que, pour des éléments qui lui ont été soumis, il a défini le droit tel qu'il est ; à la déclaration de droits, au pluriel, nous préférons la déclaration du droit, au singulier, comme en rend parfois le juge anglais.

Les juges français et anglais utilisent différents procédés pour diminuer la rigueur des effets du principe de légalité. Ils peuvent également faire preuve de souplesse dans la détermination même des exigences juridiques pesant sur l'administration. Dans ce cas, c'est le droit, dans sa substance, non plus dans ses effets sur l'acte, qui est concerné.

II. L'adaptation des exigences du droit et du contrôle des juges au regard des nécessités de l'action administrative

Le régime des recours, en amont quant à leur introduction et en aval quant à leurs effets, est irrigué par la prise en compte des conséquences des décisions rendues par les juges. Entre ces deux étapes, lors du contrôle même de l'activité administrative, une même conclusion peut être opérée. C'est d'ailleurs souvent dans ce domaine qu'elle est faite, comme le reflète la doctrine de la déférence en droit anglais. Ce constat est vrai également en France. Ici, ce qui est en cause c'est l'intensité avec laquelle le contrôle des juges s'effectue. En somme, il s'agit de démontrer que le juge peut être plus ou moins rigoureux avec l'administration, laisser plus ou moins passer des erreurs dans sa décision (B.). Mais avant d'aborder ces points, il faut également mettre en évidence que l'action administrative peut être également laissée plus libre, par l'adaptation des exigences du droit lui-même. Il ne s'agit alors plus pour le juge d'adapter son regard, mais de faire fluctuer les exigences découlant de la règle de droit (A.).

A. L'adaptation du droit et de ses exigences : la souplesse introduite dans la légalité

Ce serait un euphémisme de dire que le principe du respect du droit joue avec une particulière exigence dans le cadre de recours permettant de veiller au respect de la légalité de l'action administrative. Cette mission constitue la raison d'être du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review*. Mais, la définition des exigences juridiques passe par les juges eux-mêmes. Ils peuvent alors développer de nouvelles contraintes sur l'administration : tel est le cas des règles

procédurales par exemple. Toutefois, même ici, les juges prennent garde, nous l'avons vu, à ne pas imposer les mêmes contraintes pour toutes les situations ou activités administratives. Le niveau de garanties procédurales appliqué à une activité administrative dépend notamment de la prise en compte des nécessités de l'action publique. Il varie donc en fonction de celles-ci, afin d'éviter un excès de formalisme qui imposerait des contraintes inutiles[4112]. Elles sont adaptées à ce qui apparaît nécessaire. De même, nous avons pu constater que les juges reconnaissent parfois certains pouvoirs à l'administration : il en va ainsi du pouvoir réglementaire des chefs de service en France et de la troisième source du pouvoir, ainsi que de la prérogative royale, en Angleterre[4113].

Dans la prolongation de ces éléments, il apparaît que les juges prennent parfois en compte ce que requiert l'action administrative pour autoriser l'adoption de certaines décisions qui ne sont normalement pas permises par l'ordre juridique : les juges adaptent le droit pour soutenir l'action administrative (1.). Ils peuvent également moduler les exigences du droit afin d'éviter que soit constatée l'illégalité d'une décision (2.). Ce dernier cas se distingue de l'hypothèse étudiée plus haut dans laquelle le juge reconnaît à l'illégalité de l'acte, mais en tempère les effets ; ici, ce sont les exigences mêmes de la légalité qui sont adaptées afin de ne pas être excessives pour l'administration. C'est la légalité comme cadre de l'action administrative qui est affectée.

1. La possibilité pour les juges de faire évoluer le droit pour soutenir l'action administrative

Il pourrait paraître contradictoire d'affirmer que le juge de la légalité de l'action administrative, qu'il soit français ou anglais, est un « soutien » pour l'administration. En fait, une telle conclusion ne convient pas, en effet, si le droit administratif est considéré uniquement comme un droit de limites. Or, il n'est pas que cela, loin de là. Il est aussi un réservoir de possibilités et d'outils pour l'administration. Il constitue alors son moyen d'action. C'est ce pan du droit administratif qui est mis en exergue dans certaines décisions des juges. Parmi les différents instruments ainsi reconnus en France (a.), un donne lieu à une jurisprudence abondante également en Angleterre : les lignes directrices (b.).

4112. *Oakley v. South Cambridgeshire District Council* [2017] EWCA Civ 71, [76] (Sales LJ).
Pour la France, voir en particulier : IDOUX (P.), « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA* 2010, pp. 920-930.
4113. Comme nous l'avons vu, ce sont les juges qui définissent la substance de la prérogative royale et précisent ainsi ce que peut faire ou non l'exécutif par son biais : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II, II.
Voir *supra* pour ce qui est des pouvoirs des ministres : Partie II, Titre II, Chapitre II, Section I, I, A, 2, b, β.

a. Le recours pour excès de pouvoir, un guide utile pour l'action administrative

La prise en compte des nécessités administratives ne passe pas nécessairement pas l'absence de contrôle du juge. Il est des cas dans lesquels, au contraire, celui-ci peut se révéler utile. Nous l'avons quant à la théorie des « circonstances ». Le regard du juge, porté sur l'action administrative, peut venir donner, *a posteriori*, une légitimité juridique à une action commandée par les faits. Sans avoir recours cette fois à une quelconque théorie ou à des principes clairement formulés, le Conseil d'État peut, par le biais de son contrôle, prendre acte d'instruments nouveaux utilisés par l'administration et ainsi leur donner un cadre juridique. Il ne faut pas sous-estimer cette fonction du recours pour excès de pouvoir. Elle rejoint, là encore, nos propos sur l'abandon de l'économie des moyens et sur le développement des décisions de justice. Non pas que chaque décision doive être un manuel d'utilisation. Mais, lorsque cela est nécessaire, le juge doit pouvoir se faire le plus clair et le plus complet possible quant au droit applicable à une nouvelle forme d'administration. Plusieurs exemples montrent que le juge se fait déjà guide dans certaines circonstances.

Il en va ainsi pour trois instruments particuliers : les lignes directrices, les circulaires et les actes de droit souple. La reconnaissance de leur existence n'allait pas de soi. Elles sont un palliatif à l'absence de pouvoir réglementaire des autorités autres que celles désignées par la Constitution. La force des nécessités a poussé l'administration à développer ces instruments. Nous nous concentrerons ici sur les lignes directrices et les actes de droit souple[4114].

Les lignes directrices, autrefois appelées directives administratives, ont permis d'apporter une cohérence dans l'utilisation des larges pouvoirs discrétionnaires découlant du développement de nouvelles formes d'action dans le domaine économique[4115]. Les conclusions du commissaire du Gouvernement Bertrand dans l'arrêt *Crédit Foncier de France* sont révélatrices[4116]. Une commission nationale avait été instituée afin d'attribuer des allocations visant à la réparation, à l'assainissement et à l'amélioration des immeubles à usage principal d'habitation. Elle était aidée, dans cette mission,

4114. Pour les circulaires et autres actes de forme différente, voir : FAURE (B.), « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA* 1998, pp. 547-552 ; PONTIER (J.M.), « L'infra-réglementaire, puissance méconnue », *AJDA* 2014, pp. 1251-1257 ; SEILLER (B.), « Acte administratif : identification », in *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, pt 399 et s.

4115. Il n'est plus possible de définir la notion de « lignes directrices » par le recours à l'expression d'« orientations générales » (pour un exemple : CHABANOL (D.), *La pratique du contentieux administratif*, 11e éd., Lexis Nexis 2015, 583 pages, p. 362. La jurisprudence faisait de même : voir l'arrêt *Crédit Foncier de France*, précité). En effet, dans la lignée de la jurisprudence *Jousselin*, et de son travail de clarification, la jurisprudence a utilisé l'expression d'« orientations générales » pour parler des éléments guidant l'administration dans l'octroi d'une faveur (CE, Sect., 4 février 2015, *Cortes Ortiz*, rec. 17, *RFDA* 2015, pp. 471-781, concl. Bourgeois-Machureau.).
Voir : COSTA (D.), « Des directives aux lignes directrices : une variation en clairs-obscurs », *AJDA* 2015, pp. 806-810.

4116. CE, Sect., 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France*, rec. 750, concl. Bertrand ; GAJA 21e éd., n°79.
CYTERMANN (L.), « Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence *Crédit Foncier de France* », *RFDA* 2016, pp. 1119-1128.

par des commissions départementales chargées de sélectionner les demandes. Afin de rendre son action plus claire et cohérente, la commission nationale avait pris certaines directives visant à établir les critères sur lesquels seraient fondées les décisions d'octroi de l'allocation. La question de droit était alors la suivante : la commission nationale pouvait-elle prendre de telles directives, posant des éléments de fond quant à l'attribution discrétionnaire et individuelle de certaines aides financières ? En sus, se posée la question de la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire à des organes de nature similaire. Trois temps structurent les conclusions du commissaire Bertrand dans cette affaire.

En premier lieu, il constate que « l'action administrative […] a changé de nature »[4117]. L'incitation a remplacé la contrainte. Il en découle nécessairement une évolution dans les modes d'action de l'administration. En effet, « est apparue la nécessité de définir les conditions de fond auxquelles doit être soumis l'octroi des avantages prévus »[4118]. L'utilisation des incitations s'est couplée d'une déconcentration du pouvoir de décision. Or, et afin de garantir tant la cohérence de l'action administrative que l'égal traitement des administrés, il apparaît nécessaire de fixer des conditions communes à l'octroi des avantages. Pour cela, l'administration doit disposer de moyens souples, pouvant s'adapter aisément aux évolutions constatées sur le terrain. Il ne s'agit pas de fixer un cadre rigide et strict, mais de véritables « lignes directrices ». Bien qu'anachronique par rapport à l'arrêt étudié, l'heureuse évolution sémantique initiée par le Conseil d'État reflète exactement la nature des actes concernés.

Dans un deuxième temps, le commissaire du Gouvernement constate que le droit, et plus précisément la jurisprudence, ne permet pas aux autorités administratives de recourir à de tels outils[4119]. Il en conclut que l'état du droit n'est pas satisfaisant, et que des changements sont nécessaires. D'une part, le pouvoir réglementaire est cantonné à quelques autorités. D'autre part, l'administration, lorsqu'elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire, comme c'est le cas dans ce type de domaines, est obligée de prendre des décisions au cas par cas, et ne peut se lier pour le futur en énonçant des règles d'action. La conclusion du commissaire est sévère : « cette jurisprudence, messieurs, apparaît aujourd'hui dans ses deux aspects en opposition complète avec les nécessités et les pratiques de l'action administrative en matière économique »[4120].

4117. rec. 753.
4118. *idem*.
4119. Un an auparavant, dans son arrêt *Société « Distillerie Brabant et Cie »*, le Conseil d'État avait annulé la mise en place, par le ministre des Finances, d'un critère géographique comme condition de l'octroi d'une incitation fiscale (CE, Sect., 23 mai 1969, *Société « Distillerie Brabant et Cie »*, rec. 264, concl. Questiaux). Pourtant, le commissaire du Gouvernement Questiaux avait conclu à la légalité de la décision. Elle relevait notamment que « la fixation préalable de critères est une nécessité liée au fonctionnement de l'administration moderne » (rec. 273). Cependant, elle allait plus loin en se montrant favorable à la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au ministre.
4120. rec. 754.
À cet argument, un autre s'ajoute : en autorisant l'administration à formuler des critères par avance, le contrôle du juge

Enfin, dernier temps du raisonnement, après le constat de nécessité, le commissaire dresse le régime juridique de la directive. Il s'agit pour l'administration de pouvoir édicter des règles de fond dirigeant l'utilisation du pouvoir discrétionnaire, sans s'interdire de prendre des décisions individuelles s'en écartant, notamment en cas de circonstances particulières. Plus particulièrement, des motifs d'intérêt général peuvent justifier de ne pas l'appliquer dans un cas d'espèce[4121]. Grâce à cela, un cadre est fixé à l'administration. Les autorités administratives concernées auront alors connaissance de ce qu'elles peuvent, et ne peuvent pas faire[4122]. Toutefois, les individus ne sont pas non plus sans protection. Bien qu'une telle pratique ne doive pas conduire l'autorité administrative à perdre son pouvoir d'appréciation des demandes, au cas par cas[4123], les lignes directrices sont opposables pour contester une décision refusant un avantage à un individu. Il en va ainsi, afin de faire respecter le principe d'égalité[4124].

En revanche, la jurisprudence a récemment précisé que les « lignes directrices » devaient se distinguer des « orientations générales ». Si les premières structurent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, et peuvent être invocables par les individus, il n'en va pas de même des secondes. Celles-ci sont prises dans le cadre de l'octroi d'une mesure gracieuse par l'autorité publique. L'arrêt *Cortes Ortiz*, qui opère la distinction, est révélateur : le Conseil d'État précise que le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile n'impose pas au préfet de refus un titre de séjour lorsque le demandeur ne remplit pas les conditions fixées[4125]. Cela signifie que, pour des situations exceptionnelles, et après une étude des faits de chaque cas, le préfet peut accorder gracieusement une mesure de régularisation. Afin d'éclairer l'exercice de cette faculté, le Gouvernement peut donc prendre des orientations générales. Toutefois, celles-ci ne peuvent être invoquées lors d'un litige. Le

---

de l'excès de pouvoir en serait facilité. En somme, la directive constituerait l'exposé des motifs des décisions prises. En les rendant publics, l'autorité administrative indiquerait, non seulement aux administrés, mais aussi au juge, sur quels fondements reposent ses décisions. La transparence qui en découle est alors profitable au contrôle juridictionnel. Il y a là un apport mutuel indéniable : en autorisant les directives, le juge vient en aide à l'administration, mais aussi à lui-même. Cela permet d'éviter une limitation « aussi étrangère que possible au concours que doivent se prêter mutuellement l'autorité administrative et le juge de l'excès de pouvoir dans l'intérêt public le mieux compris » (rec. 755).

4121. CE, 5 juillet 2000, *SARL Mediaterra*, rec. t. 1137.

4122. Cet argument se retrouve aussi dans les conclusions de Bernard Stirn, dans l'affaire *Brasseur*. La question soulevée était toute différente : il s'agit de savoir si le refus du préfet de saisir le tribunal administratif d'un recours pour excès de pouvoir sur demande d'un administré pouvait être attaqué devant le juge. Le commissaire du Gouvernement fait état de divers éléments allant dans le sens d'une réponse positive. Notamment, permettre un tel contrôle « rappellerait, le cas échéant aux autorités préfectorales leurs obligations et leur apporterait également un argument de plus dans leurs discussions avec les élus locaux ». L'argument est donc celui d'une meilleure définition du cadre juridique pesant sur le préfet. Toutefois, le commissaire finira par conclure en sens inverse et sera suivi par le Conseil d'État sur ce point (CE, Sect., 25 janvier 1991, *Brasseur*, rec. 23, concl. Stirn).

4123. CE, 24 juillet 1987, *Zimmermann*, rec. t. 562.

4124. CE, 12 décembre 1997, *Office national interprofessionnel des fruits, des légumes et de l'horticulture (ONIFLHOR)*, rec. t. 676.

4125. CE, Sect., 4 février 2015,*Cortes Ortiz*, rec. 17 ; *RFDA* 2015, pp. 471-481, concl. Bourgeois-Machureau.

requérant ne peut donc s'en prévaloir pour contester le refus du préfet de régulariser sa situation. En cela, le juge administratif préserve la liberté totale de l'administration, au détriment des requérants. Ainsi que le note le rapporteur public : « la liberté dont dispose l'autorité administrative pour la prise de telles mesures est la plus étendue qui puisse être »[4126]. Sur le fond, est également employé un argument conséquentaliste, dénotant le pragmatisme de la position retenue. En effet, le tribunal administratif avait fait de ces orientations des lignes directrices invocables devant le juge, et avait censuré la décision du préfet au motif qu'il n'y faisait pas une référence expresse. Bien que rejetant cette qualification dans ses conclusions, Béatrice Bourgeois-Machureau note que ce type de censure qualifié de « pure méthode », n'apparaît pas « très opportun »[4127]. Notamment, « de telles annulations de méthode sont à l'évidence assez vaines, puisqu'elles conduisent seulement à enjoindre un réexamen de la demande », dont la solution pourra être substantiellement identique à celle annulée[4128]. Ces censures de pure méthode interviendraient de surcroît « dans un domaine où les décisions se comptent par milliers chaque année »[4129]. Cet argument d'opportunité, en fait conséquentialiste et pragmatique, renforce la conviction du rapporteur public dans le refus de qualifier les mesures gracieuses de lignes directrices. À celui-ci s'ajoute celui d'une plus-value faible voire inexistence pour l'intensité même du contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

Quant aux actes de droit souple, tels que les communiqués publiés ou les prises de position, l'introduction du recours pour excès de pouvoir revêt une certaine utilité pour l'administration. Dans ses conclusions sur l'affaire *Société Fairvesta*, le rapporteur public, Suzanne von Coester, explique les raisons de cette évolution[4130]. En effet, celle-ci ne paraissait pas aller de soi. Par définition, les actes de droit souple ne créent ni droits ni obligations. En somme, ils ne modifient pas l'ordonnancement juridique. Or, cette condition est, en principe nécessaire, pour faire un recours pour excès de pouvoir. Ce qui justifie néanmoins qu'il soit ouvert en l'espèce, c'est la prise en compte de « l'ampleur des effets pourtant non juridiques » des actes en cause[4131]. Deux situations sont possibles : soit l'acte va avoir pour conséquence d'influer sur des comportements, soit il va avoir des conséquences économiques importantes[4132]. En l'espèce, la prise de position de l'Autorité des marchés financiers pouvait conduire des individus à ne pas recourir aux services de l'opérateur concerné, engendrant, de fait, des conséquences financières pour elle. Au vu de ces effets possibles,

4126. *RFDA* 2015, pp. 471-481, p. 477.
4127. *RFDA* 2015, pp. 471-481, p. 478.
4128. *ibid*., p. 479.
4129. *idem*.
4130. Sur cette question, les conclusions de Suzanne von Coester sont approuvées sans retenue par Vincent Daumas : *RFDA* 2016, p. 509.
4131. *RFDA* 2016, p. 500.
4132. *ibid*., p. 501.

la légalité de la décision doit pouvoir être contrôlée. Ainsi, c'est bien, eu égard à ses conséquences concrètes, et au-delà de ses effets juridiques, que l'acte est soumis au juge de l'excès de pouvoir. Le juge ne reste pas enfermé dans des carcans. Il ose, quand les circonstances le commandent, les dépasser. En admettant d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir contre un acte dépourvu d'effet sur l'ordonnancement juridique, il admet que de tels actes peuvent toutefois avoir des conséquences telles qu'elles justifient que le juge les contrôle. En adoptant un tel point de vue, il refuse les généralisations et les catégorisations. Ce qui détermine l'ouverture de son prétoire, c'est l'utilité qu'il peut avoir à opérer un contrôle sur tel ou tel acte. Mais, est également prise en compte l'attente des autorités de régulation, déjà présente dans le rapport public du Conseil d'État de 2013, et clairement reprise par Suzanne von Coester dans ses conclusions. Notamment, elle constate que « ce n'est pas seulement le pouvoir de régulation qui est entre leurs mains, c'est aussi, pour une grande part, le droit de la régulation, qui en est largement indissociable »[4133]. L'accès au prétoire dépasse le cadre de la simple soumission d'actes de droit souple au juge. Bien plus, et par leur truchement, il entre dans un domaine nouveau et en pleine expansion. La régulation est devenue un nouveau mode d'administration, le juge doit s'y adapter : « c'est parce que les autorités de régulation privilégient un modèle d'action non contraignant qu'il s'avère nécessaire *d'inventer* de nouveaux critères de recours au juge, pour ces actes d'un nouveau genre »[4134]. À la création de nouveaux modes d'administration doit répondre une création prétorienne. Mais, là encore, contrôler ne signifie pas automatiquement contraindre. Nous l'avons dit, le rapporteur public relève l'attente des autorités de régulation autour d'un contrôle juridictionnel à même de définir un cadre à leur action. Elles « souhaiteraient disposer d'indications plus claires sur les limites à respecter »[4135]. C'est au fil des arrêts, et des problèmes rencontrés que ce cadre sera précisé.

Les conclusions du commissaire du Gouvernement Bertrand et du rapporteur public von Coester sont révélatrices de l'aptitude du juge de l'excès de pouvoir à adapter le cadre légal aux nécessités de l'action administrative. L'évolution de la jurisprudence peut, parfois, se faire difficilement. Mais, *in fine*, la force des choses s'impose. Le droit doit être adapté au fait. Il faut bien évidemment voir qu'ici, le juge constate une évolution et la rend légale, tout en lui fixant un cadre. Continuer de refuser l'existence de ces directives aurait conduit le juge à nuire à l'action administrative et à son propre office. Il lui faut alors se plier à la réalité, et encadrer le plus efficacement possible, ces nouveaux outils d'administration. La légalité est adaptée aux

4133. *RFDA* 2016, pp. 497-505, p. 500.
4134. *ibid*., p. 501 (C'est nous qui soulignons).
4135. Rapport du Conseil d'État de 2013, précité, p. 174. Cette citation est reprise *in extenso* par le rapporteur public : *RFDA* 2016, *op. cit.*, p. 500.

nécessités[4136].

b. La reconnaissance en *judicial review* de la possibilité pour l'administration d'adopter des « lignes directrices » pouvant conduire à des « attentes légitimes » pour l'administré

Lorsqu'une autorité administrative se voit confier un pouvoir discrétionnaire, elle se doit en principe de l'utiliser, car telle est la volonté du Parlement. Cette donnée joue ici avec beaucoup de force. Néanmoins, les cours ont reconnu qu'elle pouvait adopter certaines lignes de conduite (*policies*) afin de guider son action : en cela, tant l'administration que ses destinataires en tirent profits, grâce à la clarification apportée dans l'utilisation du pouvoir discrétionnaire[4137]. Les lignes de conduite en droit anglais sont, en cela, très proches des directives administratives[4138]. Là aussi, l'autorité ne doit pas lier son pouvoir[4139]. Elle doit garder une approche flexible des demandes qui lui sont faites, élément inhérent au caractère discrétionnaire de son pouvoir. Ainsi, si elle adopte une position générale et dépourvue d'exceptions, elle sera censurée par les cours[4140].

Cette question se pose en revanche avec beaucoup moins d'acuité lorsque le pouvoir discrétionnaire découle de la *common law*, que ce soit par la voie de la prérogative royale ou de la troisième source. Dans ce cas, la nécessité de respecter la volonté du Parlement n'est pas présente. L'autorité décisionnaire possède en propre son pouvoir et peut le limiter beaucoup plus facilement[4141]. La Cour Suprême a ainsi reconnu légale l'adoption d'une ligne de conduite visant à exclure d'aider financièrement un ressortissant britannique afin qu'il se fasse aider par un avocat en cas de procès pénal dans un pays étranger[4142]. Toutefois, cette affirmation est à tempérer : les juges considèrent que la formulation absolue n'implique pas nécessairement l'illégalité de la ligne

4136. Voir aussi les cas dans lesquels le juge peut délier une compétence liée notamment pour un motif d'intérêt général : LE GARS (J.), « De la manière de délier l'administration de sa compétence liée », *AJDA* 2010, pp. 1406-1411, notamment pp. 1408-1410.
4137. En général, voir : GALLIGAN (D.J.), « The Nature and Function of Policies Within Discretionary Power », *PL* 1976, pp. 332-357 ; *Discretionary Powers : a legal study of official discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1990, 401 pages, pp. 280-290.
4138. Pour une telle assimilation, voir : VISRUTPICH (V.), *Le contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les autorités administratives en droit français et en droit anglais*, thèse, dactyl., 1991, 413 pages, pp. 181-231 ; BREEN (E.), « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », *RFDA* 2003, pp. 1159-1174, voir notamment pp. 1172-1174.
4139. COSTELLO (K.), « The scope of application of the rule against fettering in administrative law », *LQR* 2015, pp. 354-357.
4140. *R. v. London County Council, ex p. Corrie* [1918] 1 KB 68.
4141. *R. (on the application of Elias) v. Secretary of State for Defence* [2006] 1 WLR 3213, [182] – [195] (Mummery LJ).
4142. *R. (on the application of Sandiford) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2014] UKSC 44, [62] (Lord Carnwath et Lord Mance).

directrice à condition que le ministre soit prêt à la reconsidérer dans des cas exceptionnels[4143].

Tout l'enjeu de la jurisprudence dans ce domaine est de permettre une juste balance entre la préservation du pouvoir discrétionnaire issue de la loi et la nécessité pour l'administration, et les individus, de connaître en avance les lignes directrices de son action. À l'inverse du recours pour excès de pouvoir, les lignes directrices sont ici directement attaquables par la voie de la *judicial review*. Il faut, tout d'abord, que la ligne directrice soit légale. Ainsi, si la loi impose la prise en considération de certains éléments, mais que la position adoptée par l'autorité décisionnaire ne respecte pas cette obligation, alors elle est illégale[4144]. Mais, surtout, elle ne doit pas être suivie avec trop de rigueur. Il n'est pas question pour l'autorité administrative d'appliquer automatiquement sa ligne de conduite ; elle doit seulement la prendre en compte et lui donner l'importance appropriée lorsqu'elle adopte une décision[4145]. En somme, et même si la ligne adoptée peut être précise, l'autorité décisionnaire doit toujours être prête à entendre ce qu'un individu a à dire et peut avancer comme arguments pour ne pas se la voir appliquer[4146]. Si elle refusait d'agir ainsi, « l'administration cesserait, pour le traitement des cas individuels, d'exercer un pouvoir discrétionnaire et la cristallisation dégénérerait en rigidification indue »[4147].

À l'inverse, l'individu peut vouloir que l'autorité administrative suive sa ligne directrice, car celle-ci lui est favorable. L'organe décisionnaire, quant à lui, peut voir des motifs pour ne pas l'appliquer, ou encore, peut avoir décidé de changer de ligne de conduite. Dans ce type de cas, les cours ont pu affirmer que naît, au profit de l'individu, une attente légitime (*legitimate expectation*) (*α.*). Cette notion, d'une importance grandissante en droit anglais, pourrait trouver à s'appliquer dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir (*β.*).

α. Le développement des attentes légitimes : la conciliation entre pouvoir discrétionnaire et protection des individus

Ce sujet fait l'objet de nombreux débats en droit anglais, non pas quant à l'existence d'une telle protection de l'administré, mais quant à son contenu, sa raison d'être ou bien encore son champ

4143. [74] – [76]. Tel était le cas en l'espèce. Le ressortissant britannique était accusé de trafic de drogue en Indonésie, et plusieurs rapports faisaient mention de la partialité des juridictions dans ce pays, notamment dans ce domaine.
4144. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Venables* [1998] AC 407.
4145. GALLIGAN (D.J.), « The Nature and Function of Policies Within Discretionary Power », *op. cit.*, p. 349.
4146. *British Oxygen Co Ltd v. Board of Trade* [1971] AC 610, notamment p. 625 (Lord Reid).
4147. BREEN (E.), « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », *op. cit.*, p. 1173.

d'application[4148]. Proche de l'idée d'*estoppel*, dont l'application est toutefois confinée au droit privé[4149], la doctrine des attentes légitimes est, en tant que telle, inconnue du droit français[4150]. En droit anglais, elle s'est révélée particulièrement utile lorsque les juges ont étendu l'application des règles procédurales de *common law* aux individus ne disposant d'aucun droit opposable à l'administration[4151]. Aujourd'hui, les attentes légitimes n'ont plus ce rôle, et se sont recentrées sur des situations plus précises. Quittant le champ strict de la protection procédurale des individus, elles assurent dorénavant le respect d'une forme de sécurité juridique et de constance dans l'action

4148. Pour un ouvrage récent et complet sur le sujet : *Legitimate Expectations in the Common Law World*, sous la dir. de M. Groves et G. Weeks, Hart Publishing, Oxford, 2017.
Voir également : SALES (P.) et STEYN (K.), « Legitimate Expectations in Englis Public Law : An Analysis », *PL* 2004, pp. 564-593 ; STEELE (I.), « Substantive legitimate expectations : striking the right balance ? », *LQR* 2005, pp. 300-328 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., pp. 609-650 ; BIEHLER (H.), « Legitimate expectation – an odyssey », *Irish Jurist* 2013, pp. 40-69 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 347-348, p. 540 et pp. 669-708 ; WILLIAMS (R.), « The multiple doctrines of legitimate expectations », *LQR* 2016, pp. 639-663 ; BELL (J.), « The doctrine of legitimate expectations : power-constraining or right-conferring legal standard ? », *PL* 2016, pp. 437-455 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.N.E.), *Public Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 187-234 ; GROVES (M) et WEEKS (G.), « The Legitimacy of Expectations About Fairness : Can Process and Substance be Untangled ? », pp. 165-187 in *Public Law Adjudication in Common Law System. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell et al., *op. cit*.
4149. WALLINGTON (P.), « Discretion and Duty : the Limits of Legality », pp. 117-167, notamment pp. 148-155 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit* ; WILLIAMS (R.), « The multiple doctrines of legitimate expectations », *op. cit.*, pp. 646-647 ; BELL (J.), « The doctrine of legitimate expectations : power-constraining or right-conferring legal standard ? », *op. cit.*, pp. 446-447 ; GORISSE (P.), « La sanction du comportement contradictoire de l'administration : l'apport des droits étrangers au contentieux administratif français », *RFDA* 2017, pp. 593-603, notamment pp. 596-597.
Toutefois, les attentes légitimes fonctionnent indépendamment du concept d'*estoppel*. Cette disjonction a été clairement affirmée par Lord Hoffmann dans l'affaire *R. (on the application of Reprotech Ltd) v. East Sussex CC* ([2002] UKHL 8, [35]). L'*estoppel* s'appuie sur un comportement clair et exprès de celui qui sera obligé par la promesse. Les attentes légitimes sont plus souples et d'application plus large, notamment car l'existence d'une promesse n'est pas une condition *sine qua non* de leur reconnaissance. De surcroît, les attentes légitimes incluent la recherche de conciliation avec l'intérêt public, notion qui n'a pas sa place dans l'*estoppel*. Voir : CARTWRIGHT (J.), « Protection Legitimate Expectations and Estoppel : English Law », pp. 321-348, voir pp. 327-328 in *La confiance légitime et l'*estoppel, sous la dir. de B. Fauvarque-Cosson, Société de Législation Comparée, Paris, 2007.
4150. En effet, si en 1998 Louis Neville Brown et John Bell pouvaient affirmer que la confiance légitime avait été introduite en France sous l'effet du droit de l'Union, cette jurisprudence n'a jamais été étendue en droit purement interne : NEVILLE BROWN (L.) et BELL (J.), *Administrative Law*, 5e éd., Clarendon Press, Oxford, 1998, 305 pages, pp. 235-236.
L'impossibilité d'invoquer le principe de confiance légitime a été affirmée en particulier dans l'affaire *Rouquette* : CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, rec. 37.
Voir : HEERS (M.), « La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ? », *RFDA* 1995, pp. 963-969 ; FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, pp. 508-515 ; TARTOUR (L.), « Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *RDP* 2013, pp. 307-327 ; PLESSIX (B.), « Sécurité légitime et confiance légitime », *RDP* 2016, pp. 799-814 ; GORISSE (P.), *ibid*.
Toutefois, la confiance légitime a sa place dans le contentieux contractuel en droit privé, même si son plus grand développement est souhaité : MAZEAUD (D.), « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC* 2006, pp. 363-392.
4151. La première occurrence de l'expression semble remonter à la décision *Schmidt v. Secretary of State for the Home Affairs* ([1969] 2 Ch. 149). Un étudiant étranger s'était vu refuser une extension de son permis de séjour. Bien que rejetant sur le fond la demande de celui-ci de bénéficier d'un droit d'être entendu, Lord Denning affirme qu'un individu peut bénéficier d'une protection procédurale lorsqu'il a un droit, un intérêt ou une attention légitime affecté(e) par la décision (*ibid*., p. 170).
Sur l'émergence des attentes légitimes : ELIAS (P.), « Legitimate Expectation and Judicial Review », pp. 37-50 in *New Directions in Judicial Review. Current Legal Problems*, sous la dir. de J. Jowell et D. Oliver, Stevens & Sons, Londres, 1988.

administrative[4152].

Une attente légitime est constituée lorsqu'une promesse, une pratique ou une ligne directrice provenant de l'autorité décisionnaire a pu faire penser à un individu qu'il pouvait bénéficier d'une certaine décision ou garantie. En règle générale, l'identification d'une attente légitime est largement casuistique, et dépend du contexte de l'affaire[4153]. Elle sera plus facilement admise si est en cause une promesse légale et précise faite explicitement à un individu, ayant adapté de bonne foi son comportement à celle-ci, et ayant subi un préjudice lorsque l'autorité administrative ne l'a pas respecté[4154]. En conséquence, lorsqu'est en cause une ligne de conduite, il est plus difficile d'identifier une attente légitime[4155]. Nous reviendrons plus en détail sur ce sujet. Il suffit ici de noter que les attentes légitimes sont de deux formes : elles peuvent être procédurales ou substantielles. Dans le premier cas, l'attente légitime de l'individu est protégée par le biais d'une certaine procédure que doit suivre l'administration ; dans le second cas, plus extrême et plus rarement concrétisé, les juges reconnaîtront que l'individu avait droit à ce qu'une certaine décision soit substantiellement prise. La pratique des attentes légitimes est également traversée par la nécessité de mettre en balance plusieurs éléments : le respect de la légalité, en évitant de trop facilement d'imposer à l'administration le respect d'une pratique, au risque de lier son pouvoir discrétionnaire ; la garantie de la situation des individus, découlant du respect même de l'attente légitime constituée ; et la protection de l'action administrative, qui ne doit pas se voir « ossifiée », et doit toujours pouvoir s'adapter à l'intérêt public[4156]. Il s'agit alors de concilier la flexibilité des lignes de conduite avec les attentes des individus, sans en venir à la rigidité des règles. De ce fait, il est plus aisé pour les cours de faire respecter une attente légitime d'un point de vue procédural que substantiel, car la première est moins invasive pour la liberté de l'administration.

4152. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., p. 610 ; VARUHAS (J.NE.), « In Search of a Doctrine : Mapping the Law of Legitimate Expectations », pp. 17-52, voir pp. 35-40 in *Legitimate Expectations in the Common Law World*, sous la dir. de M. Groves et G. Weeks, *op. cit*.

4153. STEELE (I.), « Substantive legitimate expectations : striking the right balance ? », *op. cit*., pp. 304-314 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Public Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 191-205.

4154. KNIGHT (C.S.), « Expectations in transition : recent developments in legitimate expectations », *PL* 2009, pp. 15-24 ; AHMED (F.) et PERRY (A.), « The coherence of the doctrine of legitimate expectations », *CLJ* 2014, pp. 61-85 (Les auteurs étudient les cas de formation d'une attente légitime au regard des raisons normatives pouvant conduire à leur reconnaissance).

Récemment, Jason Varuhas a critiqué la tendance, en doctrine et en jurisprudence, à trop facilement appliquer la mention « attente légitime » à des situations qui relèvent en fait d'autres cas de figure. En creux, l'auteur critique son champ d'application trop large. Il souhaite un recentrage sur le cas des promesses claires faites aux individus, dans une conception qui semble en cela plus proche de l'*estoppel* : VARUHAS (J.NE.), *ibid*.

4155. WILLIAMS (R.), « The multiple doctrines of legitimate expectations », *op. cit.*, pp. 650-653.

4156. En particulier, voir : STEELE (I.), « Substantive legitimate expectations : striking the right balance ? », *LQR* 2005, pp. 300-328 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., pp. 628-630 ; VARUHAS (J.N.E.), *ibid*., pp. 20-22 et DALY (P.), « A Pluralist Account of Deference and Legitimate Expectations », pp. 101-120 in *Legitimate Expectations in the Common Law World*, sous la dir. de M. Groves et G. Weeks, *op. cit*.

Cette problématique n'est pas propre aux attentes légitimes, mais est transversale au contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire : JOWELL (J.), « The legal Control of Administrative Discretion », *PL* 1973, pp. 178-220.

Dans le cadre des lignes de conduite, l'attente légitime est avant tout de nature procédurale. L'importance du pouvoir discrétionnaire de l'administration, et la nécessité de lui laisser la liberté de s'adapter à l'intérêt public jouent avec une force particulière[4157]. Ce, d'autant plus, que la ligne de conduite, de formulation générale, concerne une grande proportion d'individus et rend plus difficilement individualisable une attente. Il apparaît ainsi clairement en jurisprudence que plus la ligne de conduite affecte de personnes, plus il sera difficile d'identifier une attente légitime substantielle, et plus il sera aisé pour l'administration de justifier sa décision en invoquant l'intérêt public[4158].

La situation est parfois relativement simple : tel est le cas lorsqu'en adoptant une ligne de conduite, l'autorité décisionnaire affirme à ceux qu'elle concerne qu'ils seront consultés si elle en décide la modification[4159]. Une attente légitime a ainsi pu découler d'un « livre blanc » publié en 2003 par le Gouvernement, dans lequel il était annoncé qu'en cas de volonté de construire de nouvelles centrales nucléaires, une consultation serait organisée ; en 2006, la décision est prise sans consultation, violant l'attente légitime naît en 2003 ; la Haute Cour a donc rendu une déclaration d'illégalité de la décision[4160]. En revanche, sans cette forme de promesse, un changement de ligne de conduite pour une autre ne donne pas lieu à des garanties particulières. Ici, la liberté de l'administration de s'adapter à l'intérêt public joue pleinement[4161].

Mais il est des cas plus compliqués. Ainsi, si le ministre de l'Intérieur fixe certains critères

4157. *R. (on the application of Niazi) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] EWCA Civ 755, [41] (Laws LJ) : « une autorité publique sera rarement obligée en droit de maintenir une ligne de conduite raisonnable si elle décide de la modifier ou de la changer. De même, les individus concernés auront rarement droit d'être consultés ou de se voir notifier le changement si aucune promesse ou aucune pratique habituelle ne va en ce sens. Il y a une raison à cela. Les autorités publiques en général, et le gouvernement central *par excellence*, jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire qu'ils doivent exercer dans l'intérêt public. C'est à eux qu'il revient de décider du contenu et du rythme du changement » (C'est l'auteur qui souligne). Voir sur cette affaire : KNIGHT (C.S.), « Expectations in transition : recent developments in legitimate expectations », *PL* 2009, pp. 15-24.
Le fait d'adopter une ligne de conduite ne remet donc jamais en cause le pouvoir discrétionnaire de l'administration : *R. v. Secretary of State for the Home department, ex p. Ruddock* [1987] 1 WLR 1482, p. 1497 (Taylor LJ) ; *R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. Hamble (Offshore) Fisheries Ltd* [1995] 1 CMLR 533, [2] et [45] (Sedley J) ; *R. v. North and East Devon HA, ex p. Coughlan* [2001] QB 213, [64] (Lord Woolf).
4158. Cela a été reconnu expressément par la Cour d'Appel : *R. (on the application of Patel) v. General Medical Council* [2013] EWCA Civ 327, [50] (Lloyd Jones LJ).
4159. *R. v. Liverpool Corporation, ex p. Liverpool Taxi Fleet Operators' Association* [1972] 2 QB 299 : une autorité locale avait fixé à trois cents le nombre de licences de taxis et avait affirmé qu'en cas de modification elle recueillerait l'avis des chauffeurs de taxi.
4160. *R. (on the application of Greenpeace ltd) v. Secretary of State for Trade and Industry* [2007] EWHC 311.
4161. *R. (on the application of Niazi) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] EWCA Civ 755, [41] (Laws LJ), précité ; voir aussi [46].
Tout au plus devra-t-elle prendre en compte l'ancienne ligne directrice lorsqu'elle en adopte une nouvelle, afin d'éviter que sa décision ne soit déraisonnable (*R. v. North and East Devon HA, ex p. Coughlan* [2001] QB 213, [57] (Lord Woolf)).
De même, si l'administration adopte des mesures transitoires, les chances pour le requérant de se voir reconnaître une attente légitime seront plus faibles (WILLIAMS (R.), « The multiple doctrines of legitimate expectations », *op. cit.*, pp. 654-659) ; si certains jugements peuvent laisser penser qu'une attente légitime substantielle peut se constituer, il ne semble pas y avoir eu d'affaire impliquant un changement de ligne de conduite résolue sur ce fondement (CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 686-687).

ouvrant droit à l'adoption d'enfants étrangers, il ne peut rajouter un nouveau critère postérieurement à une demande faite par un individu[4162]. Dans ce cas, l'individu faisant la demande d'adoption a le droit d'être informé qu'un nouveau critère a été adopté, conduisant en fait à un changement de ligne de conduite, et doit ainsi pouvoir être entendu pour défendre sa demande. À cette première garantie s'en ajoute une seconde : l'administration doit justifier d'un « intérêt général impérieux » pour s'écarter de sa précédente ligne de conduite dans ce cas d'espèce[4163]. Il est donc possible pour le ministre de changer de ligne de conduite et de rajouter des critères. Seulement, pour l'appliquer à une demande faite au regard de l'ancienne, il doit la notifier à l'individu, l'entendre et justifier sa décision au regard de l'intérêt public[4164]. La Cour d'Appel a encore été plus loin dans l'affaire *Rashid*[4165]. Un kurde d'Irak était arrivé en décembre 2001 au Royaume-Uni et avait demandé le statut de réfugié. Sa demande est rejetée. En mars 2003, il apprend que si l'administration lui avait appliqué la ligne de conduite qu'elle s'était fixée pour les demandes provenant des kurdes d'Irak, il aurait se voir octroyer le statut demandé. Mais, entre temps, la situation en Irak ayant évolué, le Gouvernement avait adopté une nouvelle ligne de conduite. Malgré cela, la Cour d'Appel considère que, même si l'individu ne connaissait pas l'ancienne, et qu'elle n'avait plus cours, elle aurait dû lui être appliquée lors de son arrivée ; les multiples défauts révélés dans la prise de décision, ainsi qu'une certaine forme de mauvaise volonté de la part de l'administration, conduisent les juges à reconnaître une attente légitime pour le requérant[4166]. La décision de refus est donc illégale. Confirmant sur ce point la logique du premier juge, la Cour d'Appel ne reconnaît toutefois pas le droit du requérant à bénéficier de ce statut. Elle limite la portée de sa décision à une déclaration lui reconnaissant le droit de rester au Royaume-Uni sans limites de temps.

La reconnaissance de la possibilité pour l'administration de prendre des lignes de conduite,

---

4162. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Khan* [1984] 1 WLR 1337 : la ligne directrice avait directement été communiquée au requérant pour qu'il adapte sa demande en conséquence.
4163. *ibid*., p. 1344 (Parker LJ).
4164. *ibid*., pp. 1347-1348. Voir également : *R. (on the application of Niazi) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] EWCA Civ 755, [49] (Laws LJ).
La Cour d'Appel en a décidé de même dans une affaire où l'administration fiscale a remis en cause une de ses pratiques envers une entreprise, maintenue pendant vingt ans ; ce changement, trop brusque, est illégal, car contraire à l'attente légitime de l'entreprise ; l'administration aurait dû la prévenir en amont (*R. v. Inland Revenue Commissioners, ex p. Unilever plc* [1996] STC 681).
4165. *R. (on the application of Rashid) v. Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 744.
4166. La question de savoir si une attente légitime peut être identifiée même lorsque l'individu n'a pas connaissance de la ligne de conduite pose de nombreuses questions en doctrine. Sur ce point, cette affaire semble particulière, et la jurisprudence tend de plus en plus à refuser l'existence d'une telle attente dans ce cas : CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 687-689 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.N.E.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 198-200 ; VARUHAS (J.N.E.), « In Search of a Doctrine : Mapping the Law of Legitimate Expectations », voir pp. 29-30 in *Legitimate Expectations in the Common Law World*, sous la dir. de M. Groves et G. Weeks, *op. cit*.
Paul Daly, quant à lui, défend l'idée que la connaissance de la ligne de conduite n'est pas forcément nécessaire pour donner naissance à l'attente légitime. Toutefois, dans ce cas, cette dernière aura moins de force et pourra être plus facilement remise en cause par l'administration : DALY (P.), « A Pluralist Account of Deference and Legitimate Expectations », voir pp. 112-114 in *Legitimate Expectations in the Common Law World*, *op. cit*.

ainsi que la doctrine des attentes légitimes, mettent en évidence l'approche pragmatique, casuistique et balancée des juges anglais[4167]. La jurisprudence est empreinte, dans ce domaine, de la recherche d'une constante adaptation au contexte. En particulier, dans le domaine des lignes de conduite, puisque le pouvoir discrétionnaire est particulièrement fort, les juges doivent prendre garde à ne pas imposer des obligations excessives. Même dans l'affaire *Rashid*, la Cour d'Appel refuse de déclarer le droit du requérant au statut de réfugié.

β. Une notion pouvant être utile pour le juge de l'excès de pouvoir

Toutefois, la jurisprudence anglaise sur les attentes légitimes apparaît plus protectrice que le droit administratif français concernant les lignes directrices, et surtout les orientations générales. Ce que nous apprend la première c'est qu'un principe similaire à celui de confiance légitime ne remet pas en cause la liberté de l'administration. Dans le cadre des lignes de conduite, et puisqu'elles sont invocables par la voie de l'exception devant le juge, la situation française ne nous paraît pas radicalement différente de la jurisprudence anglaise. Le requérant français peut jouir de l'application des lignes de conduite sauf si l'autorité administrative considère que le principe d'égalité s'y oppose, c'est-à-dire en cas de différence de situation ou pour un motif d'intérêt général. Mais, à l'inverse, le requérant peut lui aussi arguer du principe d'égalité pour voir appliquer à sa situation une décision prise dans un cas similaire par l'administration. Créant ainsi une sorte de « précédent administratif », la première décision, en concrétisant la directive, fait naître ce qui peut s'analyser en une attente légitime pour les administrés espérant bénéficier dans le futur de la même décision, sauf motif d'intérêt général[4168]. Néanmoins, et puisqu'elles ne sont pas contestables directement, à défaut de caractère impératif, le principe de sécurité juridique ne semble pas pouvoir être appliqué à un changement de lignes de conduite.

Un tel état de fait est regrettable. L'idée d'attentes légitimes procédurales permettrait aux juges de veiller à ce qu'une telle évolution ne soit pas trop radicale, et puisse se faire à l'aide de mesures transitoires, comme cela est le cas dans pour l'utilisation du pouvoir réglementaire[4169]. Elle permettrait également de ne pas avoir des situations comme celle récemment caractérisée par l'arrêt *Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes* : le Conseil d'État a admis qu'une autorité décisionnaire pouvait suivre les critères de sa ligne directrice, mais également en ajouter un si le cas

4167. Pour une affirmation récente et claire en ce sens : THOMAS (R.), « Legitimate Expectations and the Separation of Powers in English and Welsh Administrative Law », pp. 53-77 in *Legitimate Expectations in the Common Law World*, *ibid*.
4168. HOURSON (S.), « Quand le principe d'égalité limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire : le précédent administratif », *RFDA* 2013, pp. 743-754.
4169. CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, rec. 154 ; *RFDA* 2006, pp. 463-482, concl. Aguila.

le justifie. Notamment, pour le rapporteur public, cela permet d'éviter de rigidifier un instrument par nature souple et qui, en l'espèce, est en pleine mutation, car il sert à orienter une action nouvellement attribuée à l'autorité de régulation. Cette jurisprudence remet en cause l'intérêt de prévisibilité nécessaire à l'adoption des lignes directrices, et crée une certaine frustration pour le requérant lésé. Il faudrait alors lui permettre de se prononcer sur ce changement intempestif, pour qu'il puisse avancer de nouveaux arguments afin de répondre à la nouvelle exigence posée[4170]. L'assouplissement des conditions du recours pour excès de pouvoir par la jurisprudence *Fairvesta* pourrait permettre une telle opportunité.

En optant pour une démarche casuistique et concrète, il est aussi tout à fait possible pour le Conseil d'État d'admettre que les « orientations générales » soient invocables. Cela ne signifierait pas la remise en cause du pouvoir discrétionnaire de l'administration si le juge s'en tient à une vision équivalente aux attentes légitimes d'ordre procédural. Il serait alors tout à fait concevable que le juge, en constant que l'autorité administrative s'est écartée des orientations générales, donne une explication au requérant et lui laisse une chance de défendre son cas. Certes, pour ces situations, « la nature même de ces mesures, qui sont (ou devraient être) exceptionnelles et intimement liées aux circonstances propres à chaque cas apparaissent antinomiques avec les préoccupations de cohérence administrative et d'égalité qui sont au fondement même des lignes directrices »[4171]. Mais, peut-être est-il temps d'introduire cette cohérence, surtout pour des mesures d'une importance telle que la régularisation des étrangers. De même, pour Béatrice Bourgeois-Machureau, dans ses conclusions sur l'affaire *Cortes Ortiz* : les intéressés « ne peuvent légitimement escompter bénéficier d'une telle faveur, puisque, par construction, celle-ci est purement gracieuse »[4172]. La liberté de l'administration y étant totale, reconnaître l'invocabilité de telles orientations reviendrait « à permettre à l'administration de limiter d'elle-même cette liberté d'appréciation et à ceux qui font l'objet de décisions individuelles prises sur leur fondement de se prévaloir des limites ainsi posées »[4173]. Cette appréciation nous paraît excessive. Le pouvoir discrétionnaire d'octroi d'une mesure gracieuse ne serait pas remis en cause pour autant, et le requérant, espérant que sa situation

4170. CE, 20 mars 2017, *Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes*, n°401751 (à paraître) ; *AJDA* 2017, pp. 1121-1124, notamment p. 1124, concl. Domino ; *DA* 2017, pp. 37-38, note P. Idoux : l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières avait émis un avis défavorable au projet d'interdiction, venant de la collectivité requérante, contre la création d'une ligne de bus par une entreprise privée. L'Autorité considère que le projet ne porte pas une atteinte substantielle à l'équilibre économique des transports existants. Elle applique pour cela les quatre critères présents dans la ligne directrice publiée ; cependant, elle en ajoute un, en l'espèce, celui de l'emplacement géographique des arrêts de bus. Pour le rapporteur public, la reconnaissance de l'illégalité de la décision aurait conduit à rigidifier un instrument de droit.
4171. FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, 10e éd., *op. cit.*, p. 329.
4172. *RFDA* 2015, pp. 471-481, p. 477.
4173. *idem*.

évolue favorablement, serait informé des raisons du refus de l'administration d'utiliser son pouvoir à titre gracieux. Une telle démarche renforcerait la protection procédurale des individus, dans une volonté de promotion d'une vision non-instrumentale de celle-ci[4174]. Elle permettrait la une mise en balance des prétentions des individus avec la liberté de l'administration. Les attentes légitimes en droit anglais démontrent qu'il n'y a pas forcément de risque de dérive subjectiviste à en reconnaître l'existence. Elles sont toutes à la fois des contraintes pour le pouvoir administratif et des garanties pour les individus[4175]. En cela, elles peuvent avoir leur place au sein du recours pour excès de pouvoir.

2. Les méthodes pour ne pas constater l'illégalité dans le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review*

Comme nous l'avons dit plus haut, les juges peuvent tempérer les effets d'une illégalité par diverses méthodes. Mais, avant cela, ils peuvent déjà moduler les exigences du droit afin de ne pas arriver à la conclusion de l'illégalité de l'action. Ils participent ainsi à la définition du droit et de sa rigueur. Ils peuvent donc l'assouplir afin de ne pas entraver excessivement l'action administrative, que ce soit dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (a.) ou de la *judicial review* (b.). À la différence des méthodes envisagées plus haut, ici les juges n'agissent pas sur l'action administrative, mais sur les exigences juridiques elles-mêmes. En cela, ils injectent de la souplesse dans le cadre rigide de la légalité.

a. Les méthodes du juge de l'excès de pouvoir permettant de ne pas constater l'illégalité

Dans certaines situations, le juge se refuse à apprécier la légalité de l'acte qui lui est soumis dans toute sa rigueur. Trois techniques peuvent notamment être utilisées à cette fin : il s'agit de l'inopérance des moyens (α.), de la pluralité des motifs (β.) et enfin de la théorie des formalités non-substantielles (γ.). Ces trois moyens sont l'expression du pragmatisme du juge. Dans ses conclusions sur l'affaire *El Bahi*, à propos de la substitution de base légale, Jacques-Henri Stahl a caractérisé cette méthode comme reflétant le « cœur de l'office du juge », lui permettant de « refuser d'annuler un acte administratif alors pourtant qu'une critique de légalité pourrait apparaître fondée, parce que

4174. *Supra* voir : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, II, B, 1.
4175. BELL (J.), « The doctrine of legitimate expectations : power-constraining or right-conferring legal standard ? », *PL* 2016, pp. 437-455.

la balance des intérêts en cause ne lui paraît pas justifier l'annulation »[4176]. Il range également comme expression de cette mise en balance ces trois techniques[4177].

α. L'inopérance des moyens

L'inopérance permet au juge d'écarter un moyen soulevé devant lui, sans avoir à y répondre. Elle peut jouer dans deux situations : en cas de compétence liée de l'administration et lorsque le moyen soulevé ne peut avoir d'influence sur la solution du litige[4178]. Nous nous intéresserons ici à la première. La seconde a principalement rapport à la pertinence de l'argument invoqué. Est ainsi inopérant, le moyen s'appuyant sur un texte qui n'est plus invocable[4179] ou qui se fonde sur l'inconstitutionnalité de la loi[4180]. La logique des deux cas est différente. La première répond à une volonté d'éviter une annulation inutile. La seconde porte sur l'influence de l'argument sur la légalité de l'acte.

L'inopérance des moyens trouve donc particulièrement à s'appliquer dans les situations de compétence liée. Au sens de la jurisprudence, cela signifie que l'autorité administrative se borne à un constat, « sans avoir à porter une appréciation sur les faits »[4181]. La définition restrictive, donnée par le Conseil d'État, permet de limiter le champ des moyens inopérants[4182]. Réduite à un simple rôle d'automate, l'autorité décisionnaire ne dispose d'aucune marge de manœuvre. Dans l'affaire *Montaignac*, dont est issue la définition citée, un arrêté municipal réglementant l'affichage publicitaire prévoyait une distance minimum de cent mètres entre deux panneaux. Constatant que le sieur Montaignac ne respectait pas cette prescription, le maire l'a mis en demeure de s'y conformer, par voie d'arrêté. Pour le juge, par cette mise en demeure, le maire s'en est tenu « à constater la violation des dispositions du règlement municipal de publicité ». La décision prise devait l'être. Aucune appréciation des faits n'était ainsi nécessaire[4183].

4176. *RFDA* 2004, pp. 733-739, p. 737.
À l'inverse d'ailleurs, même si les conditions sont remplies, le juge peut refuser la substitution si la balance des intérêts penche en faveur de l'annulation : *ibid*., p. 738.
4177. *idem*.
4178. LETOURNEUR (M.), « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *EDCE* 1962, pp. 51-62, notamment pp. 54 ; AUBY (J.-M.), « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », *AJDA* 1966, pp. 5-13 ; DOUTEAU (S.), « Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif », *RFDA* 2016, pp. 697-705.
4179. CE, 13 novembre 1963, *Ducatez et ministre de la Construction c. Delhaye*, rec. 554.
4180. CE, Ass., 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la faculté de lettres de Paris*, rec. 86.
4181. CE, Sect., 3 février 1999, *Montaignac*, rec. 6 ; *AJDA* 1999, pp. 567-572, chron. F. Raynaud et P. Fombeur.
4182. LE GARS (J.), « De la manière de délier l'administration de sa compétence liée... », *AJDA* 2010, pp. 1406-1411.
4183. CE, 30 septembre 1998, *Mansouri*, rec. 346 : l'article 28 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoyait la possibilité pour le ministre de l'Intérieur de faire droit à une demande d'abrogation d'un arrêté d'expulsion, présentée après expiration du délai de recours administratif, « que si le ressortissant étranger réside hors de France ». En l'espèce, la demande émanant d'une personne résidant en France, le ministre ne pouvait que la rejeter. Sont ici inopérants les moyens fondés sur l'absence de consultation d'une commission, prévue par les textes, et sur l'erreur manifeste

Dans deux arrêts du même jour, sur deux affaires très similaires, le Conseil d'État a adopté deux positions différentes. Était contestée la légalité du refus de deux conseils d'administration de deux Universités de transmettre une proposition de candidature au ministre de l'Enseignement supérieur. Dans le premier cas, le refus est motivé par le fait que le comité de sélection ne s'était réuni qu'une seule fois, alors que deux réunions sont nécessaires[4184]. Le conseil d'administration n'ayant qu'à constater ce fait, il est en situation de compétence liée. Les moyens invoquaient sont inopérants. En revanche, dans la seconde affaire, le refus était motivé par le manque d'impartialité d'un des membres du comité de sélection[4185]. Le conseil d'administration ne se contente pas ici de constater, mais d'apprécier les faits pour en arriver à cette conclusion. Étant en situation de compétence discrétionnaire, les moyens sont opérants.

Ainsi, en cas compétence liée, quelque soit l'erreur commise par l'administration, elle est sans influence sur le résultat. Annuler l'acte serait, au mieux inutile, au pire source de lenteur. L'administration devrait, à la suite de la décision du juge, reprendre la même décision, expurgée de son vice. D'ailleurs, la nature de l'illégalité importe peu ici. Il peut s'agir d'un cas de légalité externe ou de légalité interne, comme le montre l'arrêt *Mansouri*. Peut être déclaré inopérant le moyen porté sur l'incompétence de l'auteur[4186], sur l'absence de motivation de l'acte[4187], sur le détournement de pouvoir[4188] ou la violation des textes législatifs et réglementaires[4189].

Il paraît logique que le juge ne censure pas un acte vicié que l'administration avait toutefois l'obligation de prendre. L'annulation n'aurait aucun intérêt réel pour le requérant. Plus précisément, sa satisfaction ne serait que temporaire, l'administration étant obligée de reprendre la même décision. À ce faible intérêt pour l'individu s'ajoute l'entêtement dont il pourrait faire preuve en faisant un nouveau recours, aux très faibles chances de succès. Cela se traduirait par une perte de temps et d'argent inutile.

Surtout, l'annulation n'aurait aucun intérêt, sinon moralisateur, sur l'administration. Celle-ci n'a aucune liberté. L'administration devra reprendre la procédure de prise de décision, entraînant des lenteurs dans sa gestion. L'inopérance permet alors « d'éviter à l'administration de refaire inutilement la même chose »[4190]. Elle découle alors « d'un raisonnement prospectif, d'une projection

d'appréciation que le ministre aurait commise.
4184. CE, 5 mars 2014, *Lehu c. Université Paris I*, req. n°363715.
4185. CE, 5 mars 2014, *Latour c. Université Pierre-Mendès-France de Grenoble*, req. n°364500.
4186. CE, 9 mars 2005, *Moinuddin*, rec. t. 921.
4187. CE, Sect., 26 février 2003, *Nègre*, rec. 53.
4188. CE, 16 janvier 1959, *Ministre de la santé publique c. Westermayer*, rec. 43.
4189. CE, 10 juillet 2006, *Association pour l'interdiction des véhicules inutilement rapides*, rec. 336.
4190. La formule est de Noël Chahid-Nouraï dans ses conclusions sur l'arrêt *AFACE* : CE, Sect., 6 mars 1992, *AFACE*, rec. 107 ; *RJF* 1992, n°4, pp. 275-282, p. 282, concl. Chahid-Nouraï.

des conséquences de la décision du juge »[4191]. Encore très récemment, le rapporteur public Xavier Domino a conclu en faveur du maintien de l'inopérance des moyens invoqués contre un refus de titre de séjour, dès lors qu'ils ne sont pas en lien avec les motifs invoqués pour justifier ce refus. Il relève qu'« il ne faut pas méconnaître les conditions matérielles concrètes dans lesquelles les services de l'État exercent leurs missions »[4192]. Dès lors, l'inopérance permet d'éviter de faire peser une charge trop lourde sur l'administration.

β. La neutralisation des motifs

En plus de constater l'inopérance d'un moyen, le juge peut considérer que l'illégalité d'un des motifs de l'acte ne le rend pas illégal, quant à son dispositif. Tel est le cas lorsque l'acte concerné se fonde sur une pluralité de motifs. Dans ce cas, le juge de l'excès de pouvoir pourra neutraliser les motifs illégaux[4193]. Ceux éliminés pour illégalité pourront ne pas suffire à faire tomber la construction juridique. Elle sera maintenue par le juge. Certains auteurs ont rapproché cette technique de l'inopérance en ce que les deux permettent de sauver un acte qui devrait être déclaré illégal[4194]. Deux différences apparaissent toutefois. Si l'inopérance a pour domaine privilégié la compétence liée, la neutralisation des motifs concerne les cas de pouvoir discrétionnaire de l'administration[4195]. De plus, l'inopérance permet au juge de ne pas s'intéresser au moyen soulevé. Il n'a pas à vérifier si celui-ci est fondé ou non. En revanche, et par principe, pour écarter un motif illégal, le juge devra bien porter une appréciation sur eux. Il va alors plus loin dans le raisonnement de l'administration, pour déterminer si le ou les motifs restants suffisent à justifier le dispositif de la décision en cause.

La pluralité des motifs permet donc au juge de sauver un acte administratif. Son utilisation a été grandement renouvelée par l'arrêt *Dame Perrot*, enrichi par les conclusions du commissaire du Gouvernement Kahn[4196]. Le premier intérêt de cet arrêt est d'avoir abandonné l'ancienne distinction entre motifs déterminants et motifs surabondants. Elle conduisait à trop d'annulations d'actes

4191. DOUTEAU (S.), « Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif », *op. cit.*, p. 703.
4192. CE, avis, 15 mars 2017, *Préfet de la Loire-Atlantique*, n°405586 (à paraître) ; *AJDA* 2017, pp. 1070-1072, concl. Domino, p. 1072.
4193. SAUVIGNON (E.), « La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir », *AJDA* 1971, pp. 200-210 ; PEYRICAL (J.-M.), « Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation. Etude de la neutralisation et la substitution des motifs », *AJDA* 1996, pp. 22-34.
4194. AUBY (J.-M.), « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 8.
Voir également : GUEDON (M.-J.), « Régularité interne de l'acte administratif et pouvoir de substitution du juge », *AJDA* 1981, 443-451.
4195. *ibid.*, p. 11.
4196. CE, Ass., 12 janvier 1968, *Dame Perrot*, rec. 79 ; *AJDA* 1968, pp. 179-184, concl. Kahn.

administratifs[4197]. Le juge avait tendance à étendre de façon excessive la notion de « motifs déterminants ». Il suffisait alors que l'un d'eux soit illégal pour que la décision soit annulée. Il opère désormais une appréciation plus précise des motifs. Si celui déclaré illégal peut être considéré, au regard de l'ancienne jurisprudence comme « déterminant », cela ne conduit plus automatiquement à l'annulation de la décision. La jurisprudence *Dame Perrot* étend la possibilité pour le juge de sauver l'acte administratif. D'ailleurs, il en fait une utilisation abondante[4198].

Pour le commissaire du Gouvernement Kahn « on doit prendre garde […] que l'auteur de l'acte peut s'être fondé sur deux ou plusieurs faits dont il est établi que chacun, en lui-même, l'aurait déterminé à prendre la même décision »[4199]. C'est dire, en fait, que l'erreur dans un motif déterminant ne doit pas conduire, par voie de conséquence, à l'illégalité de l'acte. Mais, cette porte ouverte à plus de souplesse est considérée plutôt comme une légère entrebaillure. D'une part, « c'est une situation qui se rencontre rarement », selon le commissaire du Gouvernement[4200]. D'autre part, le juge ne peut considérer ces éléments comme justifiant à eux seuls la décision « que s'il ressort à coup sûr des pièces du dossier que l'administration aurait pris le même parti »[4201]. Ces précisions permettent de créer des barrières aux pouvoirs du juge. Il ne doit pas, trop facilement, considérer qu'un motif légal suffit à justifier la décision. Agir ainsi reviendrait sinon pour le juge à remplacer l'administration dans son appréciation, et ainsi à remettre en cause son pouvoir discrétionnaire. Malgré cela, c'est un assouplissement de la jurisprudence que propose le commissaire du Gouvernement. Après avoir constaté l'inexactitude du premier motif fondant la décision en cause, le juge administratif considère le second comme ne pouvant, à lui seul, la justifier. Le refus d'autoriser l'accès au marché à la Dame Perrot est donc annulé. Cependant, les juges vont plus loin que la solution proposée. Il n'hésite pas à se substituer de façon plus importante à l'administration. Selon deux commentateurs, « se référant, d'une part à l'instruction et non au dossier, d'autre part, à l'auteur de l'acte et non à l'acte lui-même, les rédacteurs de l'arrêt du 12 janvier 1968, répugnent manifestement beaucoup moins que le commissaire du gouvernement à substituer leur appréciation à celle de l'administration »[4202]. En poussant la logique plus loin, les juges ont ainsi fait naître une

4197. CE 14 janvier 1948, *Canavaggia*, rec. 18 ; CE, 6 octobre 1967, *Assemat*, rec. t. 904.
Voir les observations de Pierre-Laurent Frier dans le *Répertoire du contentieux administratif*, dans l'entrée concernant le contrôle des motifs (point 135 notamment), ainsi que les observations faites sous l'arrêt *Hallal* dans les *Grands arrêts du contentieux administratif* (GACA, 5e éd., n°68).
Voir également : CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., t. I, *op. cit.*, p. 1010 ; SAUVIGNON (E.), « La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir », *op. cit.*, notamment pp. 204-210 ; PEYRICAL (J.-M.), « Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation. Etude de la neutralisation et la substitution des motifs », *op. cit.*, notamment p. 24.
4198. Voir les observations sous l'arrêt *Hallal* dans les *Grands arrêts du contentieux administratif* (GACA, 5e éd., n°68).
4199. *op. cit.*, p. 183.
4200. *idem*.
4201. *idem*.
4202. Massot et Dewost, *AJDA* 1968, chronique, p. 338-340, p. 339.

jurisprudence bien plus intrusive dans les appréciations discrétionnaires de l'administration.

Cette jurisprudence a connu de multiples applications. Dans une autre affaire, alors que l'un des trois motifs invoqués ne pouvait être prouvé par les éléments du dossier, les deux autres suffisaient à justifier la décision. C'est ainsi qu'un préfet a pu décider de la fermeture provisoire d'un bar, et ce, afin de veiller au respect de l'ordre public[4203]. De même, une sanction disciplinaire rendue à l'encontre de jeunes filles ne respectant pas leur devoir d'assiduité aux cours de sport, sans raison valable, est justifiée par ce seul motif, dès lors « qu'à supposer que les autres motifs retenus par le recteur soient erronés en droit ou en fait, il résulte de l'instruction que le recteur de l'académie de Lille aurait pris la même décision »[4204].

La jurisprudence ressortant de l'arrêt *Dame Perrot* est plus protectrice de l'activité administrative que l'ancienne. L'intrusion plus forte dans l'appréciation de l'administration ne remet pas cela en cause. La position antérieure du Conseil d'État reposait sur l'idée, un peu factice, qu'en annulant la décision, le juge permettait à l'administration de revoir, avec une totale liberté, sa copie[4205]. Certes, la méthode de l'arrêt *Dame Perrot* ne permet pas cela si le ou les motifs restants sont suffisants pour justifier la décision. Mais, en fait, elle bénéficie bien, en tout premier lieu, à l'administration. Son acte est maintenu. Elle n'a pas à rechercher d'autres motifs pour le justifier, ni à prendre une autre décision moins adaptée selon elle. L'annulation permet d'inviter l'administration à procéder à un nouvel examen de la demande, signe que son pouvoir discrétionnaire n'est pas, là non plus, remis en cause[4206]. Cependant, il est bien plus convenable pour elle de voir son acte validé directement par le juge. En cela, il ne nous semble pas que la neutralisation des motifs diminue véritablement le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Celui-ci s'est exprimé dans l'acte en cause. Il y a peu de risques que l'administration se plaigne d'une telle situation[4207]. Sa décision se trouve juridiquement légitimée par le juge et l'arrêt ne nuit pas à la continuité de son action, ni ne l'oblige à une nouvelle instruction.

4203. CE, 19 juin 1992, *Sarl Le bistrot aixois*, rec. 239.
4204. CE, 27 novembre 1996, *Epoux Wissaadane et époux Chedouane*, rec. 462.
Voir : PEYRICAL (J.-M.), « Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation. Etude de la neutralisation et la substitution des motifs », *op. cit.*, notamment pp. 25-26.
4205. Selon le commissaire du Gouvernement Kahn, la jurisprudence ancienne « n'est pas une limite assignée par le juge à l'exercice du pouvoir discrétionnaire ; elle est fondée sur l'idée qu'en refusant d'apprécier l'opportunité de la décision […] le juge s'interdit par la même de substituer son appréciation des faits à celle de l'administration » (*AJDA* 1968, p. 181). Plus loin il réaffirme que l'annulation ne remet pas en cause le pouvoir de l'administration « puisqu'il appartient à l'autorité administrative d'examiner à nouveau l'ensemble des circonstances sur lesquelles elle entend fonder sa décision : en d'autres termes, l'annulation de la décision signifie seulement que l'administration doit se livrer à une nouvelle appréciation des faits, mais sur des bases correctes » (*op. cit.*, p. 182).
4206. CE, 27 octobre 2008, *Ministre de la Santé et des Solidarités c. SELARL Pharmacie du Hamois*, rec. t. 872 ; *AJDA* 2009, pp. 496-500, note J.-F. Lafaix.
4207. SAUVIGNON (E.), « La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir », *op. cit.*, voir p. 210.

γ. Les formalités non-subtantielles

À ces deux premières techniques s'en ajoute une troisième d'une nature quelque peu différente : il s'agit de la théorie des formalités non-substantielles. Elle permet au Conseil d'État de diminuer le formalisme pouvant parfois inutilement entraver l'action administrative[4208]. Malheureusement, sur cette question, bien que jouissant d'une certaine ancienneté, « le paysage jurisprudentiel est plus proche du tableau contrasté et complexe du cercle des enfers de Dante »[4209]. Ce qui apparaît toutefois de façon constante, c'est la volonté du juge de ne pas annuler un acte dès lors qu'une formalité n'a pas été respectée. Le Conseil d'État a pu refuser d'annuler un plan d'occupation des sols alors que diverses procédures obligatoires n'avaient pas été respectées[4210]. Il en a été de même lorsque l'avis obligatoire du ministre pour l'expropriation de certaines parcelles n'a pas été recueilli[4211]. Une telle omission ne condamne pas la déclaration d'utilité publique à l'annulation. Notamment, l'avis ne devait porter que sur des parcelles infimes, eu égard à la totalité des terrains expropriés, et de plus, toutes les autres procédures avaient été respectées. Le vice n'est pas considéré comme substantiel. En revanche, le fait pour l'administration de ne pas avoir répondu directement à l'entrepreneur, par lettre recommandée ou télex, à des questions provenant du maître de l'ouvrage et du maître d'œuvre, constitue une violation de formalités substantielles[4212].

En diminuant le formalisme pesant sur l'administration, le juge veille à l'efficacité de son action[4213]. Chaque procédure et règle de forme dont le non-respect ne fait pas encourir à l'acte une annulation constitue autant de barrières tombant au profit de l'autorité décisionnaire. Pour autant, il n'est pas question de l'affranchir de toutes contraintes. Les formalités entourant la prise de décision sont aussi des garanties pour les administrés. Elles sont aussi utiles à la transparence de l'action administrative, à sa rationalité et sa pertinence.

C'est dans cet esprit de conciliation d'exigences différentes que le Conseil d'État a mis de

4208. LACHAUME (J.-F.), « Le formalisme », pp. 133-146, notamment pp. 133-135 in *Questions pour le droit administratif*, *AJDA* num spéc., 20 juin 1995 ; CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 790-814.
4209. DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), « Le vice, mode d'emploi », *AJDA* 2012, pp. 195-201, p. 196 ; *RFDA* 2012, pp. 296-306, note P. Cassia sur l'arrêt *Danthony*.
Voir également : CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, pp. 1032-1039.
4210. CE, 27 juillet 1984 *Baillou*, rec. 306 : en l'espèce, manquaient la soumission au groupe de travail et au conseil municipal du rapport du fonctionnaire chargé de conduire l'instruction sur l'enquête publique, l'information du centre régional de propriété forestière de l'élaboration d'un plan d'occupation des sols et, enfin, la mise à l'étude d'un plan d'aménagement rural.
4211. CE, Sect., 7 mars 1975, *Association des amis de l'Abbaye de Fontevraud*, rec. 179.
4212. CE, 16 février 1994, *Entreprise Haefeli*, rec. t. 1091.
4213. CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, p. 791.

l'ordre dans sa jurisprudence par les arrêts *Danthony*[4214]. Par le biais d'un considérant de principe, à vocation surtout pédagogique, le juge énonce sa position concernant la violation de certaines formalités[4215]. Elle peut s'exprimer en trois points.

Il est rappelé que, par principe, « les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures ». La jurisprudence n'a pas vocation à remettre cette règle en cause. Au contraire, elle a pour rôle de veiller à leur respect.

Toutefois, si un vice affecte une procédure, obligatoire ou facultative, celui-ci peut ne pas conduire à l'annulation. Cette possibilité est relevée d'office par le juge[4216]. Pour cela, il ne faut pas qu'il ait pu exercer, dans le cas d'espèce, « une influence sur le sens de la décision prise » ou encore qu'il ait « privé les intéressés d'une garantie ». L'arrêt *Danthony* rendu par l'Assemblée les illustre dans un même temps. L'absence de consultation d'un comité paritaire préalable à une décision de regroupement prise par un établissement public à caractère scientifique « a privé les représentants du personnel d'une garantie ». De plus, le vote du regroupement avait été organisé de façon à ce que les membres du conseil d'administration de chaque établissement se trouvaient réunis ensemble. Le Conseil d'État rappelle la nécessité que chaque conseil délibère seul. Le vice de procédure ainsi constaté « a donc été susceptible d'exercer une influence sur le sens des délibérations ». En revanche, tel n'est pas le cas, dans l'arrêt *Société Chiesi SA*, alors que l'avis de la Commission d'autorisation de mise sur le marché de certains médicaments, avait été rendu le lendemain de la prise de décision[4217].

Enfin, et c'est le retour du principe de base, si une procédure obligatoire omise conduit à affecter la compétence de l'auteur de l'acte, ce dernier doit être annulé. Cette possibilité, pas plus que les autres éléments, n'est nouvelle. Dans un arrêt *Ville de Maisons-Laffite*, le Conseil d'État avait annulé une déclaration d'utilité publique au motif que le commissaire-enquête avait été

4214. CE, 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, 2 espèces, l'une rendue en Assemblée (rec. 649) et l'autre par la Section du contentieux (rec. 653) ; *RFDA* 2012, pp. 284-292, concl. Dumortier ; pp. 296-305, note P. Cassia ; *AJDA* 2012, pp. 195-201, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *DA* décembre 2016, pp. 3-4, chron. C. Roux ; GAJA 21e éd., n°112.
Voir : ROTA (M.), « Vers la disparition des vices de forme ? », *RDP* 2015, pp. 641-662.
4215. Le considérant de principe des arrêts *Danthony* est très similaire à l'article 70 de la loi du 11 mai 2011 portant sur la simplification et l'amélioration de la qualité du droit. Cet article dispose que « lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision », fait écho au *Criminal Court and Justice Act* de 2015, dont la philosophie est très similaire. Voir *supra* : Partie II, Titre II, Chapitre II, Section II, I, B, 2, c.
Bien que rendu postérieurement à l'entrée en vigueur de celle-ci, le Conseil d'État considère, de façon audacieuse, que cet article ne fait que s'inspirer de la règle explicitée dans la jurisprudence *Danthony*. Cela lui permet d'en faire une application immédiate, mais également de ne pas être tenue par les limites de la loi.
Sur cette loi : NOYER (B.) et MELLERAY (F.), « L'apport au contentieux administratif de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit », *DA* août-septembre 2011, pp. 13-17.
4216. Pour un arrêt mentionnant précisément ce point : CE, 17 février 2012, *Société Chiesi SA*, rec. 43, concl. Vialettes.
4217. CE, 17 février 2012, *Société Chiesi SA*, rec. 43, concl. Vialettes.

désigné par le président du tribunal administratif et non pas le préfet[4218]. Analysée comme une « méconnaissance des règles de compétence », l'irrégularité entraîne la chute de l'acte.

Les conclusions du rapporteur public Dumortier sous ces deux affaires *Danthony* apportent trois éclairages[4219].

Tout d'abord, le principe de légalité impose en principe le respect des formalités. Une telle affirmation est un point de départ logique. Prévoir des règles sans en imaginer le respect et la sanction aurait peu de sens. Dès lors, « le caractère non substantiel d'une formalité ou d'un vice n'est le fruit que d'une atténuation jurisprudentielle »[4220]. Le juge, de sa propre autorité, assouplit les exigences de la légalité en veillant à ne pas censurer inutilement l'administration.

De là découle le second point. La raison d'un tel assouplissement est posée clairement : il s'agit « de ne pas verser dans le formalisme en annulant au-delà du nécessaire »[4221]. Cette formule est quelque peu étrange. Elle revient à dire que le respect des éléments constituant la légalité peut ne pas être nécessaire. En somme, certaines exigences juridiques, contraignant l'administration, sont inutiles. Leur non-respect ne doit pas être exagéré, du point de vue de la légalité de l'acte. Il revient au juge d'opérer un tri, au sein de ces exigences, pour déterminer ce qui est, *in fine*, utile et inutile. On quitte alors le champ de la dichotomie classique irriguant normalement le principe de légalité entre ce qui est obligatoire et ce qui ne l'est pas. C'est ce que reflète le considérant de principe visé plus haut : peu importe le caractère facultatif ou obligatoire de la procédure, sont considérées utiles les garanties pour les intéressés, tout comme les éléments procéduraux et de formes dont la réalisation pourrait influer sur le sens de la décision prise. Le formalisme doit être réduit, tout en conservant ce qui en constitue les deux parties (instrumentale et non-instrumentale) du noyau dur : la protection des intéressés et l'apport d'éléments pertinents à la prise de décision. Pour ce qui est de la première, les administrés forment la majorité des « intéressés »[4222]. Il a ainsi été considéré comme constituant un vice substantiel le refus de l'administration de communiquer le dossier à un fonctionnaire, avant que ne soit prise contre lui une décision de retrait d'emploi[4223]. Dans la seconde

4218. CE, Sect., 8 mars 1991, *Ville de Maisons-Laffite*, rec. 85.
4219. *RFDA* 2012, pp. 284-295.
4220. *ibid*., p. 287.
4221. *ibid*., p. 287.
4222. Le terme « intéressés » peut aussi renvoyer à l'administration elle-même. Tel est le cas lorsque l'avis d'un organe permet de l'éclairer et de lui apporter des éléments techniques afin qu'elle prenne sa décision en toute connaissance de cause. C'est ainsi que l'avis de France Domaine a pu être considéré comme une « garantie » (CE, 23 décembre 2014, *Communauté urbaine Brest métropole océane*, rec. t. 900 ; *RDI* 2015, pp. 147-148, obs. P. Soler-Couteaux). Toutefois, portant sur des opérations financières des collectivités, il constitue une garantie de bonne gestion de l'argent public, se répercutant indirectement sur la situation des contribuables (Voir en ce sens les conclusions de Benoît Bohnert sur l'arrêt *Société CFA Méditerranée* : CE, Sect., 23 octobre 2015 rec. 357 ; *AJDA* 2015, pp. 2382-2387, concl. Bohnert ; *RDI* 2016, pp. 36-38, obs. N. Foulquier).
4223. CE, 31 janvier 2014, *Mme Picot-Grandjean*, rec. t. 715.

partie, le but est de ne pas remettre en cause le pouvoir d'appréciation de l'administration. Le rapporteur public relève que l'annulation pour vice de forme conduit cette dernière à reprendre « généralement les mêmes mesures après avoir réitéré régulièrement la procédure »[4224]. Prenant acte de cette pratique, elle considère alors que l'annulation n'a pas d'intérêt s'il est certain que la formalité non respectée ne ferait pas revenir l'administration sur sa décision. À l'inverse, en cas de doute, si elle peut avoir un tel impact sur la substance, et donc sur le pouvoir de l'administration, il faut alors annuler la décision. Dans les termes mêmes de l'arrêt, l'acte est remis en cause si l'irrégularité « a été susceptible » d'exercer une influence. Il n'est pas question de certitude, mais d'une simple possibilité. L'inverse aurait conduit le juge à se substituer à l'administration. En exigeant seulement une « influence susceptible de », le juge prend du recul sur le possible impact de la formalité sur le fond de la décision. Ainsi, l'annulation permettra à l'administration de reprendre un acte, en le modifiant ou non, après avoir suivi la procédure ou de la formalité légalement respectée. La jurisprudence *Danthony* est entièrement tournée vers la prise en compte de l'efficacité de l'action administrative[4225].

En troisième lieu, et dans la lignée de ce qui vient d'être dit, l'appréciation du juge se fait *in concreto*, dans une démarche casuistique et pragmatique. Cela se traduit dans chacun des deux points qui viennent d'être mentionnés. Ainsi, le juge ne s'arrête pas au caractère obligatoire ou facultatif de la formalité non respectée. Une telle méthode l'obligerait à adopter un point de vue abstrait. Au contraire, il va au-delà. Il s'intéresse aux effets du vice constaté, tant sur les droits que sur le fond de la décision. Dès lors, l'appréciation est portée « dans les circonstances de l'espèce »[4226]. Cette approche concrète permet au juge d'avoir une appréciation plus souple, en prenant en compte des arguments conséquentialistes. Cela introduit une certaine incertitude quant à l'issue du recours, et accroît le pouvoir discrétionnaire du juge[4227]. Par exemple, dans son arrêt du 3 décembre 2014, *Communauté urbaine de Brest*, le Conseil d'État a rangé l'avis de France Domaine au titre des « garanties » des intéressés[4228]. Il est arrivé à une conclusion contraire dans l'affaire *Société CFA Méditerranée*, délivré moins d'un an plus tard[4229]. La faiblesse des implications financières de l'opération concernée dans la seconde affaire semble être l'élément expliquant cette

4224. *ibid*., p. 289.
4225. LEBRETON (G.), « L'efficacité de l'administration vue par le juge administratif (et par un Huron) », *AJDA* 2013, p. 945.
4226. *ibid*., p. 289.
4227. HOSTIOU (R.), « Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif », *RFDA* 2012, pp. 423-428, notamment pp. 426-428.
4228. CE, 23 décembre 2014, *Communauté urbaine Brest métropole Océane*, rec. t. 900 ; *RDI* 2015, pp. 147-148, obs. P. Soler-Couteaux.
4229. CE, Sect., 23 octobre 2015, *Société CFA Méditerranée*, rec. 357 ; *AJDA* 2015, pp. 2382-2387, concl. Bohnert ; *RDI* 2016, pp. 36-38, obs. N. Foulquier.

différence de position du juge[4230]. De même, l'arrêt *Danthony*, rendu en Assemblée, l'a été en contrariété aux conclusions du rapporteur public sur le fond de l'affaire. Pour Gaëlle Dumortier, « les pièces du dossier permettent […] d'écarter en l'espèce toute incidence de cette réunion commune et président unique », alors que sur le fondement des mêmes pièces, le Conseil d'État porte une appréciation inverse. Le rôle des éléments de fait est ici encore primordial[4231].

L'arrêt *Danthony* met en évidence une chose essentielle : le juge, au nom de l'efficacité de l'action administrative, assouplit les contraintes formelles et procédurales pesant sur l'administration. Il le fait même au point d'inverser principe et exceptions. Certes, le Conseil d'État rappelle que les règles de forme et de procédure doivent être respectées. Mais, la suite de son appréciation laisse transparaître une autre ligne de conduite. En effet, si l'on se concentre sur la formulation de son contrôle, elle se structure ainsi : le vice sera sanctionné seulement s'il est susceptible d'avoir une influence sur la substance de la décision ou a privé les personnes intéressées d'une garantie. C'est presque un véritable droit à enfreindre les règles de forme et de procédure qui est reconnu. Le principe n'est plus de les respecter ; il est devenu celui de ne pas en violer certaines, considérées comme les plus importantes. Ce que traduit donc l'arrêt *Danthony* c'est un défrichage des règles de la légalité, au profit de l'administration, sous réserve, de ne pas les élaguer excessivement.

De surcroît, si l'annulation de la décision pour vice de forme est décidée, elle peut être tempérée, et l'est d'ailleurs dans l'affaire *Dantony.* Le juge module son annulation par l'application des principes de la jurisprudence *Association AC !* afin de ne pas porter une atteinte excessive aux situations nées de l'acte reconnu illégal[4232]. La modulation mise en place permet de préserver tant la situation des individus que celle de l'administration. Dans le cadre de cette jurisprudence aussi, l'intérêt de cette dernière a pu commander que soit différée l'entrée en vigueur de la décision du

4230. Dans ses conclusions, non suivies par le Conseil d'État, Benoît Bohnert faisait état de cet argument comme pouvant être utilisé afin de ne pas voir dans l'irrégularité en cause un vice substantiel justifiant l'annulation de la délibération (*AJDA* 2015, p. 2386).

4231. Cela ressort encore nettement de l'affaire *Société Chiesi Sa* (CE, 17 février 2012, rec. 43, concl. Vialettes). L'avis de la Commission avait été rendu le lendemain de la prise de décision par le directeur de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé. Chronologiquement, cet avis n'avait pas pu être pris en compte. Il était alors possible de considérer que le vice pouvait avoir une influence sur le sens de la décision en cause. Toutefois, le Conseil d'État relève deux arguments permettant de contrer cette analyse. L'avis a été rendu à l'unanimité. De plus, un groupe de travail spécialisé, au sein de la Commission, avait déjà émis un avis favorable, et ce, près de deux mois avant. On perçoit là l'intérêt du raisonnement *in concreto*. Il permet bien d'éviter une annulation qui aurait peu d'intérêt sur le fond. Mais, il rend très incertain la détermination de la catégorie des formalités dont l'administration doit s'acquitter, et celles dont elle peut faire fi.

4232. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, rec. 197 ; *RFDA* 2004, pp. 454-470 concl. Devys ; GAJA 21e éd., n°105.
TESOKA (L.), « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », *AJDA* 2006, pp. 2214-2219.

juge[4233].

b. La possibilité pour les juges de *judicial review* de ne pas constater l'illégalité

Jusqu'ici nous avons vu comment les juges anglais, par plusieurs moyens, pouvaient limiter les effets de la reconnaissance de l'illégalité d'une décision. Notamment, le pouvoir discrétionnaire détenu dans l'octroi des remèdes est d'une grande utilité. D'ailleurs, les situations qui seront ici exposées peuvent également être résolues par ce biais. Mais, dans certains cas, les juges vont considérer que le non-respect d'une condition posée par la loi n'est pas constitutif d'une illégalité pour l'administration. Trois situations peuvent illustrer cela : le respect des procédures, la prise en compte des considérations non-pertinentes et le contrôle des buts de la décision[4234]. Il n'est pas nécessaire de revenir avec plus de détails sur cette dernière[4235]. Commune au droit français et au droit anglais, elle permet à l'administration de ne pas voir son action censurée alors qu'elle cherche à accomplir, de façon accessoire, un but qui n'est pas autorisé. Dans ce cas, il suffit que l'activité en cause poursuive, à titre de but principal et déterminant, un but légal. L'approche des juges est ici pragmatique. Elle l'est aussi dans les deux autres situations : concernant les considérations non-pertinentes (*α.*) et les erreurs procédurales jugées non substantielles (*β.*).

4233. CE, 16 mai 2008, *Département du Val-de-Marne et autres*, rec. t. 619 : Le Conseil d'État reconnaît l'illégalité, pour vice de procédure, du décret opérant le transfert de certains services du ministère de l'Éducation nationale vers les départements et régions. Cependant, l'acte ayant déjà produit la quasi-totalité de ses effets, son annulation « eu égard à l'intérêt qui s'attache d'une part à la continuité de l'exercice, par les différentes collectivités publiques, de leurs compétences, d'autre part à la sécurité juridique des collectivités territoriales et des personnels concernés, auxquelles une annulation rétroactive des dispositions du décret attaqué porterait une atteinte manifestement excessive ». Les effets de la décision juridictionnelle sont différés. Cette solution repose à la fois sur la sécurité juridique, jouant alors, en partie, au profit de l'administration et de la continuité de l'action administrative.
Un autre exemple peut être donné, celui de l'arrêt *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, (CE, 21 novembre 2008, rec. 433) concernant l'illégalité de deux arrêts fixant les tarifs des établissements de santé : le juge administratif choisit de différer l'entrée en vigueur de l'annulation d'un décret et de conserver les effets antérieurs d'un autre afin d'éviter une « atteinte manifestement excessive au fonctionnement du service public hospitalier et à la détermination du montant des remboursements dont bénéficient les assurés sociaux ».
De même dans l'arrêt *Danthony*, rendu par l'Assemblée, le Conseil d'État diffère l'annulation du décret et en maintien les effets passés au motif que l'annulation « produirait des effets manifestement excessifs en raison du risque de mise en cause des nombreux actes individuels et contractuels pris sur le fondement de ses dispositions, relatifs au fonctionnement de l'école, à la situation de ses élèves et de ses professeurs, d'autre part, de la nécessité de permettre au ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche de prendre les dispositions nécessaires pour assurer la continuité du service public » (CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, rec. 649 ; GAJA 21e éd., n°112).
4234. En général sur cette question, nous renvoyons à l'article très pertinent et documenté de David Feldman : FELDMAN (D.), « Error of law and flawed administrative acts », *CLJ* 2014, pp. 275-314.
4235. Voir en général, *supra* : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, II.

α. La souplesse dans la prise en compte des considérations non-pertinentes

Lord Neuberger a offert récemment un résumé de la position de la jurisprudence sur ce point dans un *obiter dicta* composant son jugement dans l'affaire *Staff Side of the Police Negotiating Board*[4236]. Une demande de *judicial review* avait été introduite par un agent public afin de contester la décision du Gouvernement de changer l'outil permettant de réévaluer le salaire des agents au regard de l'inflation. L'un des arguments utilisés consistait à relever que le choix avait en partie été motivé par la volonté de diminuer le coût pour les finances publiques. Lord Neuberger considère que cet élément pouvait bien être pris en compte[4237]. Néanmoins, dans l'hypothèse où le ministre n'avait pas légalement pu le prendre en compte, il n'aurait pas conduit à vicier la décision. Avant d'en arriver à cette conclusion, le juge relève que deux situations permettent de maintenir un acte lorsqu'il repose en partie sur un élément ne pouvant légalement être pris en compte : d'une part, si un tel vice conduit en principe à conclure à l'illégalité de la décision, il n'en va pas de même lorsqu'il n'a pas joué un rôle substantiel ou suffisamment influant dans la prise de décision ; d'autre part, même s'il a eu ce rôle, la décision doit être maintenue lorsque les juges sont convaincus qu'elle aurait été similaire même sans cet élément[4238]. *In fine*, ces deux hypothèses renvoient à une même logique : si le vice n'a pas affecté la substance de la décision, alors la légalité de celle-ci ne doit pas être remise en cause. Les juges se refusent à reconnaître une illégalité pour un vice soit mineur soit n'ayant pas eu de conséquence sur la décision. Là encore, le pragmatisme l'emporte[4239].

Dans les deux cas, cela implique pour les juges de se mettre à la place de l'autorité administrative pour considérer l'influence de l'élément. En cela, cette technique est difficile d'utilisation, surtout dans son second versant. Ce n'est donc que « relativement rarement » que les juges vont accepter la légalité d'une décision dont l'un des motifs substantiels ne devait pas être pris en compte[4240]. Il faut que la décision soit « inévitablement » la même[4241]. En somme, il n'y a aucun pouvoir d'appréciation pour les juges, ou de recherche d'une forte probabilité que la décision soit la même. Cela permet d'éviter tout contrôle des *merits*. En l'espèce, Lord Neuberger, se situant

4236. *R. (on the application of the Staff Side of the Police Negotiating Board) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2012] EWCA Civ 332.
Notons également que la distinction entre un élément pertinent devant être pris en compte ou pouvant être pris en compte relève d'une interprétation de la loi, opérée par les juges. Là aussi, ils peuvent diminuer les contraintes pesant sur le pouvoir de l'administration en rendant possible, mais non obligatoire, la prise en compte de cet élément. Tel est le cas de la jurisprudence sur la prise en compte des ressources financières des autorités publiques : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I, II, A, 2, c.
4237. [48] – [65].
4238. [67] – [68].
4239. HERLING (D.), « Weight in Discretionary Decision-Making », *OJLS* 1999, pp. 583-604, notamment pp. 588-589 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 280-285 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, p. 259.
4240. [78].
4241. [68].

toujours dans l'hypothèse où l'effet de la décision sur les finances publiques ne devait pas être pris en compte, considère qu'elle tombe dans cette catégorie exceptionnelle de cas pouvant conduire à maintenir l'acte. L'impact sur les finances publiques « est un facteur qui peut être 'démêlé' des autres motifs valides de la décision, et au regard de ces autres motifs, la décision doit être maintenue car elle aurait été la même si cet élément n'avait été pris en compte »[4242]. Les conditions d'utilisation sont, au regard de ce jugement, assez restrictives : le motif doit pouvoir être séparé des autres et la décision doit être substantiellement identique. Tel n'est pas le cas, par exemple, d'une décision prise par un conseil local après avoir entendu l'avis juridiquement erroné de son trésorier quant au champ du pouvoir d'imposition détenu par ce conseil[4243]. D'autres motifs pouvaient justifier la décision, mais il apparaît impossible de conclure que la prise en compte de cet élément illégal n'a pas influencé la façon de décider de l'autorité locale.

Cette faculté qu'ont les juges de sauver un acte pourtant fondé sur une considération illégale pourrait être appelé à se développer sous l'effet du *Criminal Justice and Courts Act* de 2015. En introduisant l'obligation pour les cours de refuser une demande de *judicial review* ou un *remedy* s'il est « hautement probable » que le vice invoqué n'ait pas influencé le fond de la décision, il pourrait conduire les juges à faire un usage plus souple de ce pouvoir. S'il semble encore trop tôt pour être catégorique sur ce point, la réception critique de cette réforme ainsi que les premières interprétations assez restrictives qui sont faites de ces dispositions ne laissent pas présager d'un bouleversement dans la pratique des juges.

β. L'absence d'illégalité en cas d'erreurs procédurales non-substantielles

Une logique similaire se retrouve dans l'évaluation du non-respect de règles procédurales sur la légalité de la décision prise. Les juges vont prendre en compte les circonstances de l'affaire. Récemment, par exemple, Lord Reed a affirmé que la décision de mettre deux prisonniers à l'isolement afin de préserver l'ordre public dans la prison, suite à des rixes intervenues avec d'autres personnes incarcérées, est prise dans l'urgence et ne nécessite pas de les faire bénéficier du droit d'être entendu. Mais, lorsque cette même décision doit être renouvelée, au bout de trois jours, les individus concernés doivent être informés des raisons et doivent pouvoir y répondre[4244]. En dehors

4242. [78].
De même dans l'affaire *Owen*, la Haute Cour de Justice a considéré légal le refus de la Commission chargée de surveiller la répartition du temps de parole dans les médias des hommes politiques de connaître de la plainte d'un parti politique. Ce refus s'appuyait notamment sur le fait que l'organe était trop occupé. Bien qu'étant un motif illégal, il peut être détaché des autres, étant à eux seuls suffisants pour justifier le refus : *R. v. Broadcasting Complaints Commission, ex p. Owen* [1985] QB 1153.
4243. *R. v. Rochdale Metropolitan Borough Council, ex p. Cromer Ring Mill* [1982] 3 All ER 761.
4244. *R. (on the application of King) v. Secretary of State for Justice* [2015] 3 WLR 457 [93].

du cas d'urgence, certains juges ont pu affirmer que le seul fait qu'une procédure n'a pas été respectée ne permet pas toujours au requérant d'obtenir gain de cause. Notamment, s'il est possible de conclure que la décision n'aurait pas été différente même après avoir été prise au terme d'une procédure complète, les juges pourront ne pas l'annuler. Dans ce cas, selon Lord Wilberforce, « les cours n'agissent pas en vain »[4245]. Il faut donc que le jugement apporte quelque chose, puisse avoir un effet substantiel ; tel n'est pas forcément le cas lorsque le vice est uniquement procédural. Sur ce point, la position de la jurisprudence est relativement fluctuante, du fait de l'importance du contexte. Toutefois, Lord Woolf a affirmé qu'il fallait aborder la question en quatre temps[4246]. Le but du juge est d'approcher la question avec plus de précision qu'auparavant. En effet, dans l'état antérieur de la jurisprudence, et à l'instar de ce que pouvait connaître également le droit français, une distinction était opérée entre les conditions obligatoires (*mandatory requirements*) et les conditions facultatives (*directory requirements*). Le non-respect des premières emportait l'illégalité de l'acte, à l'inverse des secondes.

Cette approche est apparue trop catégorielle, et pas assez pragmatique. Lord Woolf ne l'abandonne pas totalement, mais en fait seulement le premier temps de la recherche[4247]. Plus important encore pour le Lord, il faut rechercher les conséquences du non-respect de la procédure. Pour cela, les juges doivent se poser trois questions : peut-on considérer l'obligation procédurale prévue par la loi comme remplie lorsqu'elle a été suivie en grande partie ? En cas de non-respect, est-il possible toutefois de consentir à la décision ou y a-t-il eu un tel consentement de la part du requérant ? Si le consentement n'est pas possible ou n'a pas été donné, quelle est la conséquence du non-respect de la procédure ? Ces trois questions permettent une prise en compte du fait, et du contexte, dans l'évaluation de la légalité de la décision. En somme, ce que les juges recherchent c'est si le vice procédural a pu produire un effet substantiel, ou s'il n'a fait aucune différence. Dans l'affaire jugée notamment par Lord Woolf, étaient en cause deux décisions rendues en appel par un *tribunal*, dans deux cas différents, l'une annulant une décision refusant une demande d'asile et l'autre l'accordant. Il était notamment invoqué un vice de procédure devant cet organe. En effet, lorsqu'il a porté ces deux cas devant lui, le ministre de l'Intérieur a omis une pièce importante de la saisine : la déclaration de bonne foi (*declaration of truth*) permettant de certifier les pièces apportées au soutien de la demande. Ce vice, pour Lord Woolf, est grave, car il porte sur une condition obligatoire, et son non-respect est ici substantiel, car l'omission est totale. Toutefois, il

4245. *Malloch v. Aberdeen Corporation* [1971] 1 WLR 1578, p. 1595.
4246. *R. v. Secretary of State for Home Department, ex p. Jeyeanthan* [2000] 1 WLR 354, pp. 360-361.
Voir : MANNING (J.), SALMON (S.) et BROWN (R.), *Judicial review proceedings. A practitioner's guide*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 254-258.
4247. *ibid.*, p. 361.

considère que puisque le *tribunal* a accepté la demande et que le non-respect d'une formalité, avant tout de nature technique, n'a pas eu de conséquence sur les requérants, le vice ne doit pas conduire à remettre en cause l'appel formé[4248]. Lord Woolf donne pleinement raison ici au ministre[4249]. Récemment la Cour Suprême a considéré que le fait pour un ministre de ne pas avoir informé un individu par écrit dans les trois jours, comme cela est prévu en principe, des raisons de son renvoi dans un hôpital psychiatrique, ne rend pas la décision illégale. D'autant que, relève la Cour Suprême, il a reçu une information orale dans ce délai, puis écrite douze jours après et que les autres règles procédurales ont été remplies[4250].

Toutefois, l'évaluation des conséquences du non-respect des formes et des procédures est difficile[4251]. D'autant plus que, en adoptant un point de vue instrumental et non-instrumental des conditions procédurales, une telle jurisprudence paraît devoir jouer de façon limitée. Le non-respect d'une procédure affecte nécessairement soit la qualité de la décision, soit la situation de l'individu[4252]. Dès lors, là aussi les juges apparaissent assez réticents à rejeter l'illégalité de la décision[4253]. Ainsi, la volonté de maintenir une décision qui ne respecte pas les règles procédurales au motif que cela ne fait pas de différence « doit être approchée avec beaucoup de précautions » ; cela ne doit être possible que s'il est « démontré sans aucun doute que cela n'a fait aucune différence », et si les juges considèrent cela utile[4254]. Ici, « la probabilité ne suffit pas », il faut une

4248. De même, dans l'affaire *R. (on the application of Hill) v. Institute of Chartered Accountants in England and Wales* ([2014] 1 WLR 86) la Cour d'Appel reconnaît qu'il n'y a pas de violation des règles procédurales lorsque chaque partie admet l'absence temporaire d'un membre d'un organe disciplinaire.
4249. *ibid*., pp. 365-366.
De même, si une personne sait qu'une demande de permis de construire a été faite et qu'elle a eu l'occasion de faire connaître ses observations, le fait qu'elle n'ait pas reçu la notification de la demande par courrier ne vicie pas la procédure : *Ghadami v. Harlow DC* [2004] EWHC 1883.
Une autorité locale n'ayant pas rempli correctement son devoir de consulter tous les résidents d'un quartier pour décider de la mise en place d'un passage piéton dans une rue n'a pas commis d'illégalité, car cela n'aurait pas conduit à un changement de décision, d'autant plus qu'aucun individu n'a apporté de raisons substantielles pour refuser cette décision : *R. (on the application of Wainwright) v. Richmond upon Thames LBC* [2001] EWCA Civ 2062 [55] (Lord Justice Clark).
4250. *R. (on the application of Lee-Hirons) v. Secretary of State for Justice* [2016] UKSC 46.
4251. *Secretary of State for the Home Department v. AF (n°. 3)* [2009] 2 WLR 423, [113] (Sedley J) : à la question « à quelle différence peut conduire la communication de certaines informations ? », la réponse est « vous ne pouvez jamais savoir ». Voir aussi : [114] – [116].
4252. WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., pp. 469-475 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 377-380 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 355-357.
4253. *Ridge v. Baldwin* [1964] AC 40, p. 127 (Lord Morris) ; *R. v. Chief Constable of the North Wales Police, ex p. Evans* [1982] 1 WLR 1155.
4254. *R. v. Ealing Magistrates Court, ex p. Fanneran* (1996) 160 JP 409 (Staughton LJ), cité dans : WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit*., p. 472.

certitude[4255]. Dans l'affaire *Brent*, la conclusion de Ackner LJ semble renforcer cette idée[4256]. Le ministre avait pris un décret visant à lui permettre de réduire le budget alloué aux autorités locales dont les finances n'étaient pas à l'équilibre. L'acte avait été pris après une période de transition durant laquelle ces autorités étaient prévenues de la nouvelle politique mise en place. Une fois entré en vigueur, il produisait néanmoins ses effets sur ces autorités. Le ministre avait pris en conséquence une décision unique visant à réduire le budget alloué à plusieurs d'entre elles. Ackner LJ relève notamment que le ministre n'a pas entendu ces autorités avant de prendre sa décision. S'il l'avait fait, il aurait eu connaissance de nouveaux éléments utiles dans sa prise de décision. Le juge note toutefois qu'il y a, semble-t-il, peu de chance qu'il ait pour autant changé de position. Néanmoins, « il serait erroné pour cette cour de spéculer sur la façon dont le ministre aurait fait usage de son pouvoir s'il avait eu à connaître de ces avis »[4257]. Ce passage reflète le lien entre le respect de la procédure et la nécessité pour une autorité décisionnaire de recueillir les informations nécessaires à une bonne utilisation de son pouvoir discrétionnaire. Il met aussi en lumière que la reconnaissance de l'illégalité de l'acte peut reposer sur une préservation de ce pouvoir. En creux, ce qui ressort, c'est l'incapacité, mais également l'interdiction pour les juges de remplacer l'autorité décisionnaire[4258]. Ils ne peuvent évaluer correctement les conséquences d'une carence dans la prise de décision, mais ils ne le doivent pas non plus, au risque d'opérer un contrôle des *merits*. La reconnaissance de l'illégalité de l'acte permet de laisser l'administration libre de la décision à prendre, conformément au droit et en respectant les obligations procédurales protégeant notamment les individus.

Il faudra attendre également sur ce point de voir les effets de la réforme de 2015 sur la pratique des juges. Elle pourrait les conduire à devoir accroître leur recherche des conséquences du non-respect d'une formalité ou d'une procédure sur un cas précis. Le caractère « hautement probable » et l'obligation faite aux juges de refuser la *judicial review* ou un *remedy* semble assouplir l'approche classique[4259].

Dans tous les cas, l'approche du juge anglais est ici plus timide que celle du juge de l'excès

4255. *R. (on the application of Smith) v. North East Derbyshire Primary Care Trust* [2006] EWCA Civ 1291, [10] (May LJ).
Il est clair que les juges ne recherchent pas s'il est probable que la décision aurait été similaire, mais uniquement si la décision aurait nécessairement été la même : *R. (on the application of Mavalon Care ltd) v. Pembrokeshire County Council* [2011] EWHC 3371 [61] (Beatson J.).
4256. *R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Brent LBC* [1982] QB 593.
4257. *ibid*., p. 646.
4258. Pour une affirmation claire en ce sens, dans ce contexte : *R. v. Chief Constable of the North Wales Police, ex p. Evans* [1982] 1 WLR 1155, pp. 1160-1161 (Lord Hailsham).
4259. Voir le rapport produit par différentes associations, et portant sur la réforme de 2015 et ses conséquences possibles : *Judicial Review and the Rule of Law : An Introduction to the Criminal Justice and Courts Act 2015, Part 4*, 2015, 62 pages.

de pouvoir. Plus réticent à se mettre à la place de l'administrateur, il préférera considérer l'acte comme illégal. Cela illustre la plus grande difficulté des juges anglais à s'imprégner de la logique de l'administrateur. Cela ne signifie pas qu'il fait preuve de plus de rigueur envers lui, l'annulation de l'acte permettant à celui-ci de recouvrir sa liberté. De même, dans le contrôle de l'acte, le juge anglais semble de plus en plus entreprendre une diminution de son contrôle, afin de ne pas entraver excessivement l'administration.

B. L'adaptation de l'intensité dans le cadre du contrôle sur le fond de la décision

Plus classique, le thème de la variation de l'intensité du contrôle juridictionnel est porteur d'un grand intérêt en droit comparé. L'étude du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* permet de mettre en évidence une tendance, si ce n'est contraire, tout du moins en partie différente. Jusque-là, le constat paraissait simple : les juges développent et accroissent leur contrôle. Globalement, et de façon constante, celui-ci se veut également plus poussé, en témoigne l'utilisation accrue du contrôle de proportionnalité dans la protection des droits. Le constat doit être tempéré, de façon différente, dans les deux pays.

En France tout d'abord, il est nécessaire de disjoindre la méthode que constitue le contrôle de proportionnalité et l'intensité de l'examen juridictionnel. Le constat qui en découle est alors le suivant : l'étude de la proportionnalité d'une mesure n'est pas nécessairement un contrôle maximum, les juges pouvant faire preuve d'une certaine retenue dans des domaines difficiles (1.). En Angleterre, une partie de ce constat peut être appliquée. Bien souvent, le contrôle de proportionnalité est considéré comme porteur d'un haut degré d'intensité. Cela conduit souvent les auteurs et les juges à se demander si son extension ne conduit pas à un contrôle des *merits*. Mais, de façon plus originale, certaines réflexions, et certaines jurisprudences importantes marquent une volonté de retrait dans l'intensité du contrôle des juges sur les questions de droit. La déférence, surtout dans son acception institutionnelle, conduit à remettre en cause un contrôle juridictionnel considéré comme pouvant aller trop loin (2.). Il en ressort que le contrôle de proportionnalité est un outil autonome d'examen de la légalité d'un acte, dont l'intensité peut et se doit, de varier (3.).

1. L'adaptation de l'intensité du recours pour excès de pouvoir : le cas du contrôle de proportionnalité

Il serait, là aussi, impossible de reprendre toutes les situations illustrant notre propos. Il convient ici de le limiter au seul cas du contrôle de proportionnalité. Plusieurs raisons militent en faveur de ce cas précis. En premier lieu, c'est une méthode de contrôle en pleine expansion, nous l'avons déjà constaté. De plus, certains auteurs le considèrent comme illustrant l'utilisation d'un « contrôle maximal » par le juge[4260]. Or, cette présentation est trompeuse. Le contrôle de proportionnalité est, certes, une étape supplémentaire dans le contrôle de l'acte. Il suppose nécessairement le contrôle de la qualification juridique des faits, mais ne doit pas être confondu avec lui. L'affirmation du professeur Chapus selon laquelle il se traduit « par la mise en œuvre d'une méthode exigeante d'appréciation de la qualification des faits » nous paraît erronée[4261]. Avant de recherche la proportionnalité de la faute, il faut certes déterminer s'il y a bien eu un comportement fautif. Mais, là où la qualification juridique porte sur la subsomption de certains faits dans une catégorie juridique, le contrôle de proportionnalité s'applique à la relation entre la décision prise et cette qualification. De surcroît, il est réducteur et trompeur d'en faire un « contrôle maximal ». Il est, lui aussi, tout comme le contrôle de la qualification juridique des faits, soumis à différents degrés. Il peut alors se retrouver associé à l'erreur manifeste.

Néanmoins, il faut apporter deux précisions. D'une part, la tendance générale en jurisprudence est nettement à un renforcement du contrôle juridictionnel, et donc à une augmentation de son intensité. Le contrôle de l'erreur manifeste marque de plus en plus le pas, notamment sous l'influence de la Convention européenne. Sur ce point, la situation en France se distingue de celle de l'Angleterre, sur laquelle nous reviendrons, mais aussi d'autres pays, dont les recherches doctrinales s'orientent vers plus de déférence pour le contrôle de certains éléments des actes de l'administration[4262]. D'autre part, malgré cette tendance, les juges n'exercent pas toujours un contrôle poussé. Dans certaines hypothèses, il se veut limité, laissant alors plus de liberté à l'autorité publique.

Tout d'abord, il est des cas, assez rares, où le juge ne contrôle pas la qualification juridique des faits : la technicité du domaine en cause ou le large pouvoir discrétionnaire détenu par l'autorité décisionnaire l'en empêchent[4263]. Dans un second cas, il utilise un degré de contrôle plus faible,

4260. Par exemple : FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, 10e éd., *op. cit.*, p. 565.
4261. CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, p. 1074.
4262. JORDAO (E.), *Le juge et l'administration. Entre le contrôle et la déférence*, Bruylant, Bruxelles, 2016, 618 pages, pp. 401-561 : la comparaison s'effectue ici avec d'autres pays anglo-saxons, à savoir les États-Unis et le Canada.
4263. Pour la première explication, elle nous paraît justifier le refus du juge de l'excès de pouvoir de contrôler les

limité à la censure de l'erreur manifeste. Grâce à cette technique, le juge « laisse l'administration maîtresse de ses choix, à condition de ne pas franchir les frontières du raisonnable »[4264]. Pendant longtemps, c'est avec ce degré plus faible qu'il a veillé à la légalité des sanctions adoptées par l'administration. Dans ses conclusions sur l'affaire *Touzard*, Terry Olson a proposé de maintenir la jurisprudence en l'état afin que ne soient censurées que les disproportions manifestes. Il y voyait une garantie pour l'administration, laissée libre dans la gestion des services publics ; mais aussi un gage de légitimité pour le juge de l'excès de pouvoir dont les compétences n'apparaissent pas suffisantes au commissaire du Gouvernement pour affiner son contrôle[4265]. Aujourd'hui remise en cause, au profit d'un contrôle entier de proportionnalité, la jurisprudence *Touzard*, éclairée par les conclusions de Terry Olson, mettent en évidence le lien entre la définition de l'intensité du contrôle et l'appréciation que porte le juge sur son office et sur les conséquences de son contrôle pour l'administration, mais aussi pour sa propre fonction. C'est ainsi que puisque l'étranger n'a pas de droit au titre de séjour lorsqu'il ne remplit pas les conditions légales, le contrôle du juge de l'excès de pouvoir se limite à la censure de l'erreur manifeste en cas de rejet d'une demande gracieuse : l'individu est dans une position juridiquement faible, et le préfet dispose d'un large pouvoir discrétionnaire que le juge se doit de ménager, dans un domaine particulièrement sensible[4266].

Le juge peut encore se limiter à censurer uniquement les erreurs manifestes lorsque les questions sont d'ordre technique ou concernent l'organisation des services, et dépassent le cadre des compétences juridiques des juges[4267] ; il en va de même lorsqu'elles portent sur des jugements de valeur, pour lesquelles la liberté de l'administration doit être maintenue[4268]. L'erreur manifeste tend à

---

appréciations qu'un jury de concours a portées sur les prestations d'un individu : CE, 16 mai 2001, *De Nale*, rec. 236.
La seconde est illustrée par le contrôle limité sur la décision de fleurir la tombe du maréchal Pétain : le juge de l'excès de pouvoir relève la faiblesse des contraintes juridiques pesant sur une telle opération ainsi que son incapacité à contrôler l'opportunité d'une décision administrative (CE, 27 novembre 2000, *Association Comité tous frères*, rec. 559).

4264. Conclusions de Daniel Labetoulle dans l'affaire *Commune de Bouchemaine* (CE, Sect., 23 mars 1979, rec. 127, concl. Labetoulle, voir p. 129)

4265. CE, Sect., 1er février 2006, *Touzard*, rec. 38, conclusions citées par Eduardo Jordao (*ibid*., pp. 529-530, voir les notes).

4266. CE, Sect., 4 février 2015, *Cortes Ortiz*, rec. 17, concl. Bourgeois-Machureau ; *AJDA* 2015, chron. J.Lessi et O. Dutheillet de Lamothe, pp. 444-449.

4267. CE, 19 novembre 1986, *Société Smanor*, rec. 260 ; *JCP* G 1987, n°20822, concl. Lasserre : contrôle limité sur le refus de qualifier de « yaourt » des yaourts surgelés. Le contrôle n'a d'ailleurs en l'espèce été opéré qu'à la suite d'une demande d'instruction afin que les juges obtiennent une expertise sur l'impact de la congélation sur la composition biologique des yaourts. Ce rapport base la majeure partie des réflexions sur la qualification à retenir, les mémoires des parties n'étant pas utiles sur ce point.
CE, 16 janvier 2008, *Syndicat UNSA-Agriculture et Forêt*, rec. t. 839 (à propos de la décision de fusionner des services déconcentrés) ; CE, 8 juin 2015, *Ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche c. Muséum national d'histoire naturelle*, rec. t. 834 (l'appréciation des nécessités du service dans le cadre d'un détachement est soumise à un contrôle de l'erreur manifeste).
De même, lorsqu'il est mis fin à un détachement dans l'intérêt du service, le contrôle du juge est limité à la censure de l'erreur manifeste, et n'est donc pas un contrôle entier comme l'avait décidé le tribunal administratif : CE, 30 janvier 2015, *Agence pour l'enseignement français à l'étranger*, rec. t. 834.

4268. Par exemple, tel est le cas du contrôle des nominations au tour extérieur, limité à la censure de l'erreur manifeste, ce qui n'interdit pas des cas d'annulation : CE, 23 décembre 2011, *Syndicat parisien des administrations centrales,*

se maintenir dans les domaines techniques ou sensibles, pour lesquels l'administration dispose d'un large pouvoir discrétionnaire, et afin de ne pas entraver l'action administrative[4269]. Les conclusions de Mattias Guyomar dans l'affaire *Rimonteil de Lombares* vont en ce sens : si le commissaire du Gouvernement propose un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation sur le refus d'une autorité administrative indépendante de se saisir d'une affaire, c'est « compte tenu du large pouvoir d'appréciation qu'il convient de reconnaître à la Commission bancaire pour décider des suites à donner à une plainte »[4270]. En optant pour un contrôle plus faible, le but du commissaire du Gouvernement est de ne pas enfermer les pouvoirs de l'autorité « dans un contrôle tâtillon »[4271]. Plus généralement, la question de la qualification juridique des faits est « le meilleur exemple d'une politique jurisprudentielle cherchant des solutions « adaptées aux possibilités du juge et à ce que lui paraissent être les besoins du moment » »[4272].

L'émergence et la pérennité du contrôle de proportionnalité dans le domaine de police ont pu induire les auteurs en erreur sur le niveau d'exigence qui lui est inhérent. S'il y apparaît rigoureux, c'est qu'il vise à protéger les droits et libertés. Il en va de même dans le contentieux des sanctions. Cela ne signifie pas que la plus grande des rigueurs vis-à-vis de l'administration est consubstantielle à la proportionnalité. Il est intéressant de mettre en évidence cet élément. Malgré les formulations parfois employées par les juges, le contrôle de proportionnalité peut être empreint d'une certaine restriction. Son utilisation dans des domaines techniques révèle cet aspect du contrôle. Il y a lieu

---

économiques et financières, rec. 655 ; *RFDA* 2012, pp. 115-118, note Pacteau.
Les décisions prises par les jurys académiques sur les titularisations de professeurs stagiaires sont aussi soumises au contrôle de l'erreur manifeste. La distinction avec le contentieux des décisions des jurys d'examen, qui ne sont pas soumises à un tel contrôle, se justifie, selon le rapporteur public, par deux éléments : d'une part, il ne s'agit pas d'évaluer des connaissances, mais d'apprécier comment les agents stagiaires ont rempli leur fonction ; d'autre part, ceux-ci doivent voir leur position de stagiaire mieux protégé que les « simples » candidats à un concours. L'argument de l'expertise relative plus forte du juge et d'une nécessité de mieux protéger l'individu vont dans le sens d'un contrôle plus fort : CE, 23 juillet 2014, *M. Schreiber*, rec. t. 823 ; *AJFP* 2015, pp. 68-70, concl. Lallet.
4269. Ce constat avait déjà opéré par Achille Mestre dans sa thèse. Bien que plus limité, du fait du développement du contrôle juridictionnel, l'idée sous-jacente est toujours présente, celle d'une prise en compte des nécessités de l'action administrative dans le choix de l'intensité du contrôle : MESTRE (A.), *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration (Études sur le recours pour excès de pouvoir)*, LGDJ, Paris, 1974, 312 pages, pp. 85-128.
SERRAND (P.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence », *RDP* 2012, pp. 901-923, notamment pp. 906-912.
4270. CE, 30 décembre 2002, *Romonteil de Lombares*, rec. 490 ; *Les Petites Affiches* 2003, n°59, pp. 7-12, concl. Guyomar, voir p. 11.
JORDAO (E.), *Le juge et l'administration. Entre le contrôle et la déférence, op. cit*, pp. 69-70.
4271. *idem*.
4272. Conclusions Didier Cassas, citant notamment Raymond Odent, sur l'affaire *M.B.* (CE, 15 juin 2005, rec. 244, conclusions à l'*AJDA* 2005, pp. 1689-1691, voir p. 1690). Le commissaire du Gouvernement précise d'ailleurs ici que l'affaire, portant sur une sanction infligée à un militaire, devait conduire le juge à prendre en compte deux éléments contradictoires : « d'une part, le souci légitime des autorités militaires et du ministre de la Défense d'assurer le bon ordre et la discipline dans les armées […] ; d'autre part, l'adéquation, telle qu'on peut raisonnablement l'apprécier aujourd'hui, entre la qualification donnée aux faits et les faits eux-mêmes » (*idem*). Il y a bien, là aussi, recherche d'une conciliation entre le but légitime poursuivi par l'autorité décisionnaire, et la protection de l'individu, ici caractérisée par la recherche de la proportionnalité de la sanction.

d'éviter pour le juge de l'excès de pouvoir de devenir un « juge-administrateur ». Deux illustrations peuvent être données : le contentieux des déclarations d'utilité publique (a.) et le contentieux des concentrations économiques (b.).

a. Le contrôle restreint de proportionnalité des déclarations d'utilité publique

Il est classique d'affirmer que le contrôle de proportionnalité a fait son entrée dans le contentieux des déclarations d'utilité publique par le biais de l'arrêt *Ville Nouvelle Est*[4273]. En effet, le juge va y inaugurer l'utilisation du contrôle du bilan coûts-avantages. Il précise « qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ». Cette démarche est pleinement casuistique puisque, comme le précisait Guy Braibant, il faut que « dans chaque cas le pour et le contre soient pesés avec soin, et que l'utilité publique de l'opération ne masque pas son éventuelle nocivité publique »[4274]. La doctrine, suite à cet arrêt, a fait de cette jurisprudence le point culminant de l'intensité du contrôle du juge[4275]. Cette affirmation nous paraît erronée[4276]. Certes, comme nous l'avons mis en évidence, l'utilisation du contrôle de proportionnalité s'est clarifiée en ce domaine, mais il ne permet pas un contrôle « maximum » sur l'utilité des projets. En effet, deux éléments, liés, influent en particulier sur le contrôle du juge : le ressort géographique et l'importance du projet (*α.*), mais également la prise en compte d'éléments techniques difficiles à évaluer (*β.*). La mise en évidence de ces limites ne légitime pas les critiques qu'opèrent certains auteurs appelant à un développement du contrôle de proportionnalité (*γ.*).

α. L'influence de l'importance géographique et politique du projet

Le contrôle du bilan ne permet de censurer un projet que s'il présente des caractéristiques

4273. CE, Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »*, rec. 409, concl. Braibant ; GAJA 21e éd., n°80.
4274. rec. 419.
4275. Par exemple, dans leur manuel, Charles Debbasch et Frédéric Collin le qualifient expressément de « contrôle maximum » : DEBBASCH (C.) et COLLIN (F.), *Droit administratif*, 11e éd., Economica, Paris, 2014, 752 pages, p. 689.
4276. WACHSMANN (P.), « Un bilan du bilan en matière d'expropriation. La jurisprudence Ville Nouvelle Est, trente ans après », pp. 733-748 in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002 ; JANIN (P.), « La jurisprudence du bilan est-elle toujours utile ? », *Droit de l'environnement*, Novembre 2011, pp. 318-325 ; SERRAND (P.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente », *op. cit*.

gravement négatives. La dimension restreinte du contrôle ressort clairement des conclusions de Guy Braibant dans l'arrêt *Ville Nouvelle Est*. Afin de ne pas opérer les choix discrétionnaires à la place de l'administration, « c'est seulement au-delà d'un certain seuil, dans le cas d'un coût social ou financier anormalement élevé, et dépourvu de justifications » que la déclaration d'utilité publique devra être annulée[4277]. Le juge ne censure pas une déclaration d'utilité publique si les inconvénients sont légèrement supérieurs aux avantages, d'où le faible nombre d'annulation[4278]. Le commissaire du Gouvernement admettait ainsi la plus grande probabilité d'une annulation des projets locaux, que ceux d'importance régionale ou nationale, porteur d'un intérêt public plus important[4279]. Pourtant, le premier cas d'annulation, intervenu peu après l'arrêt *Ville Nouvelle-Est* concerne un projet autoroutier d'importance régionale[4280]. Cependant, le décret de déclaration d'utilité publique n'est annulé qu'en ce qu'il prévoit la construction d'une bretelle de raccordement et d'un échangeur, affectant de manière excessive le cadre dans lequel se trouvait un hôpital psychiatrique. Ce n'est pas le projet en lui-même qui est en cause, mais uniquement l'une de ses dimensions très particulières. L'arrêt *Grassin*, du 26 octobre 1973, fournit, quant à lui, un exemple d'annulation de l'utilité publique d'un projet dans son ensemble[4281]. Cette affaire concernait un projet de création d'un aérodrome dans une commune de 1 100 habitants. Le Conseil d'État va utiliser quatre arguments pour constater l'absence d'utilité publique du projet: tout d'abord, il ne répond pas aux besoins économiques de la région ; le nombre d'habitants pratiquant les sports aériens est faible ; ce projet n'aurait aucune influence sur le développement de la région ; surtout, son coût est hors de proportion avec les ressources de la commune. Le nombre de griefs retenu est important. En résumé, le projet est tout à la fois inutile, inefficace, et trop coûteux ; la balance penche nettement en sa défaveur.

L'affirmation de Guy Braibant reflète pourtant une idée importante. Il est évident que moins le projet est porteur d'un intérêt fort, plus les risques d'écarts sur la balance sont importants. Il en va ainsi de l'expropriation d'un hôtel particulier afin d'y installer temporairement l'École nationale des Ponts-et-Chaussées, alors que cela nécessite des travaux coûteux[4282]. Plus récemment encore, dans son arrêt *Association contre le projet de l'autoroute Transchablaisienne*, le Conseil d'État a annulé

4277. rec. 422.
4278. CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15e éd., t. I, *op. cit.*, pp. 1077-1078 ; COSTA (J.-P.), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA* 1988, pp. 434-437, voir p. 435-436 ; WACHSMANN (P.), « Un bilan du bilan en matière d'expropriation. La jurisprudence Ville Nouvelle Est, trente ans après », pp. 733-748 notamment pp. 742-745 in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002.
4279. « tel projet valable à l'échelon d'une région ou d'une grande ville ne le sera plus à celle d'une petite commune pour laquelle il constituerait une charge trop lourde » (rec. 419).
4280. Il s'agit de l'arrêt *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption* (CE, Ass., 20 octobre 1972, rec. 657, concl. Morisot).
4281. CE, Sect., 26 octobre 1973, *Grassin*, rec. 598.
4282. CE, 27 juillet 1979, *Drexel-Dahlgren*, rec. 349.

la déclaration d'utilité publique d'un projet visant la construction d'une autoroute de trente-cinq kilomètres[4283]. Le juge relève deux choses. En premier lieu, les deux villes, reliées par le projet, sont déjà desservies par le réseau routier, notamment des deux voies de circulation. La première conclusion du juge est alors claire : « l'intérêt que présente l'opération apparaît, dans les circonstances de l'espèce, comme limité ». L'impact est relatif sur le trafic puisque les estimations sont d'une utilisation quotidienne par seulement dix mille personnes. En second lieu, le coût du projet, de l'ordre de quatre-vingts millions de francs le kilomètre, est important. Dès lors, « le coût financier au regard du trafic attendu doit être regardé à lui seul comme excédant l'intérêt de l'opération et comme de nature à lui retirer son caractère d'utilité publique ». Il faut ainsi, pour qu'un projet soit censuré, qu'il y ait un intérêt très limité et des désavantages nombreux.

Cet écart manifeste, entre les deux plateaux de la balance, illustre la marge de manœuvre laissée à l'autorité décisionnaire. Pour le commissaire du Gouvernement ayant conclu dans l'affaire *Association contre le projet de l'autoroute Transchablaisienne*, cette restriction dans le contrôle du juge est justifiée par son caractère technique puisque « se mêlent de nombreux paramètres »[4284].

La différence d'intérêt public qui peut exister entre un projet national et un projet local ne peut pas tout expliquer. Certes, plus un projet aura d'importance, plus il faudra d'éléments négatifs afin de contrebalancer son intérêt. Néanmoins, l'impact sur le droit de propriété ou l'environnement sera lui aussi plus important. Dès lors, les deux plateaux de la balance sont affectés. Cela ne permet pas de justifier entièrement la plus grande annulation des projets locaux. Il faut admettre qu'à mesure que le projet prend une ampleur importante, il prend une coloration à la fois plus politique, mais aussi plus technique.

Un projet élaboré directement par les autorités nationales bénéficiera d'un appui plus fort du Gouvernement. Même si, *in fine*, un projet local est déclaré d'utilité publique avec l'assentiment de l'exécutif, soit directement par arrêté ministériel, soit plus indirectement par arrêté préfectoral, la dimension politique y est bien moins forte. Plus l'envergure du projet s'accroît, plus elle se voit adjoindre une augmentation de sa portée politique qui va se répercuter sur l'intérêt public du projet. En soi, le projet n'est pas plus important ; il est considéré comme tel de par son intérêt politique.

β. La difficile évaluation des éléments techniques

L'augmentation de l'importance géographique du projet se couple à un accroissement des

4283. CE, Ass., 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute Transchablaisienne*, rec. 120 ; *RFDA* 1997, pp. 740-747, concl. Denis-Linton ; pp. 748-753, note F. Rouvillois.
4284. *RFDA* 1997, p. 744.

éléments et des données devant constituer la base du contrôle de proportionnalité. Les coûts, économiques, sociaux ou environnementaux, seront plus difficiles à évaluer avec certitude. La diversification des éléments compris dans le bilan en rend l'usage plus complexe. Cela conduit le juge à laisser une plus grande marge d'erreur aux autorités.

Cette conclusion est renforcée par l'étude de l'innovation introduite par le Conseil d'État dans son arrêt *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*[4285] : l'affaire portait sur la contestation de la légalité de la déclaration d'utilité publique de l'opération visant la construction de deux lignes à très haute tension. Plusieurs moyens sont relevés. Plus intéressant pour nous, le juge administratif opère un contrôle de l'utilité publique du projet en lui-même, de façon classique, mais aussi au regard du principe de précaution, prévu à l'article 5 de la Charte de l'environnement. Il commence d'ailleurs par cette étape en relevant qu' « une opération qui méconnaît les exigences du principe de précaution ne peut légalement être déclarée d'utilité publique ». Le juge se livre alors à un contrôle nouveau, en évaluant l'utilité eu égard à l'impact du projet sur le principe de précaution.

Plus précisément, ce sont les autorités compétentes qui doivent procéder à cette opération. Le juge intervient en tant que superviseur, *via* le contrôle de l'excès de pouvoir. Le considérant de principe s'attache à décrire ce que l'autorité décisionnaire doit entreprendre pour se conformer aux exigences environnementales[4286]. Il s'agira, pour elle, de suivre trois étapes : déterminer les conséquences du projet, et notamment si existent « des éléments circonstanciés de nature à accréditer l'hypothèse d'un risque de dommage grave et irréversible pour l'environnement ou d'atteinte à l'environnement susceptible de nuire de manière grave à la santé, qui justifierait, en dépit des incertitudes subsistant quant à sa réalité et à sa portée en l'état des connaissances scientifiques, l'application du principe de précaution » ; ensuite, elle devra procéder à l'évaluation des risques ; et enfin, au regard des conclusions de cette évaluation, l'intérêt du projet et les risques pour l'environnement au sens large devront être confrontés afin de déterminer si « les mesures de précaution dont l'opération est assortie afin d'éviter la réalisation du dommage ne sont ni insuffisantes, ni excessives ». Plus précisément, le Conseil d'État veille à « l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dans le choix des mesures de précaution ». L'intensité du contrôle est limitée. Cela s'explique aisément. Les données scientifiques qu'impliquent un raisonnement fondé sur le principe de précaution ne permettent de ne censurer que les disproportions les plus importantes[4287]. La difficulté pour le juge à s'en saisir et à les évaluer de lui-même justifie cette

4285. CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, rec. 60, concl. Lallet ; *AJDA* 2013, pp. 1046-1052, chron. X. Domino et A. Bretonneau.
4286. Cons. n°37.
4287. CANS (C.), « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité », *RFDA* 1999, pp. 750-762 ; NAIM-GESBERT (E.), « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », *Les*

démarche restrictive. Malgré des mesures alternatives proposées par les auteurs du recours, le Conseil d'État déduit de tous les éléments de l'affaire que « les mesures prises ne peuvent être regardées comme manifestement insuffisantes » au regard du principe de précaution. La seule censure pouvant intervenir est celle de l'erreur manifeste. Par ce biais, le juge ménage encore la marge d'appréciation laissée à l'autorité décisionnaire.

Le principe de proportionnalité s'applique donc à cette dernière étape du contrôle du respect du principe de précaution par le projet. L'utilisation des termes « insuffisantes » et « excessives » en est le marqueur. C'est dire que les mesures doivent être proportionnées, ce qui requiert l'application des trois étapes classiques de ce contrôle. Ce point n'apparaît pas explicitement dans l'arrêt du Conseil d'État. Les conclusions du rapporteur public Alexandre Lallet ne sont pas véritablement claires sur cette structuration. Néanmoins, elles laissent transparaître cette triple démarche, mais pas dans son ordre classique.

Ainsi, il ne faut pas que les mesures soient « *excessivement coûteuses pour la collectivité au regard des bénéfices attendus* »[4288]. On identifie bien ici, un contrôle de la proportionnalité *stricto sensu*.

De même, elles doivent être « *suffisantes au regard du risque lui-même*, c'est-à-dire tant de son degré de vraisemblance que de la gravité du dommage s'il devait se réaliser »[4289]. En somme, les mesures doivent atteindre le but visé. Sans pour autant annihiler le risque, elles doivent le réduire de façon satisfaisante.

Enfin, selon Alexandre Lallet, le Conseil d'État doit examiner les mesures alternatives. Dans les termes du rapporteur public, cela revient à obliger l'administration à conserver « la ou les mesures de précaution qui présentent le meilleur bilan coût/avantages »[4290]. Cette exigence traduit un contrôle de la nécessité de la mesure. Sur ce point, l'arrêt nous semble s'écarter des préconisations du rapporteur public. Si ce dernier a conclu à la proportionnalité des mesures de précaution jointes au projet, ce n'est qu'après une évaluation de celles proposaient par les requérants[4291]. Or, l'arrêt ne traduit pas une telle mise en parallèle[4292]. Les mesures alternatives sont évoquées. Elles ne sont pas, pour autant, utilisées afin de juger de la pertinence de celles retenues.

Petites Affiches, 2009, n°46, pp. 54-61.
4288. rec. 82 (C'est l'auteur qui souligne).
4289. rec. 83. (C'est l'auteur qui souligne).
4290. rec. 84.
4291. rec. 90-91.
4292. Le Conseil d'État relève que « si les requérants invoquent, à titre de mesures de précaution alternatives, la possibilité de différer la construction de la ligne ou de procéder à son enfouissement partiel, les mesures prises ne peuvent être regardées comme manifestement insuffisantes au regard de l'objectif consistant à parer à la réalisation du dommage susceptible de résulter de l'exposition résidentielle à des champs électromagnétiques de très basse fréquence » (Cons n°40).

De surcroît, en procédant au contrôle des mesures jointes au projet, le juge administratif se réfère de nombreuses fois aux démarches entreprises par le maître d'ouvrage afin de limiter l'impact du projet au regard du principe de précaution[4293]. Ces références illustrent qu'il se pose d'abord en superviseur de la méthode utilisée plus qu'en véritable censeur du projet. Le Conseil d'État n'a pas vocation, ici, à substituer son appréciation à celle de l'autorité compétente. Cette démarche illustre la dimension pédagogique du contrôle de proportionnalité. Il est tant une méthode de contrôle qu'un guide pour l'administration. Le juge, en expliquant son contrôle, l'informe de la façon dont elle doit procéder pour justifier l'utilité publique de son projet. Le caractère retenu du contrôle renforce cette dimension pédagogique, le Conseil d'État ne censurant pas toute erreur.

En entreprenant le contrôle du respect du principe de précaution par le projet déclaré d'utilité publique, le Conseil d'État opère un contrôle restreint de la proportionnalité des mesures ayant vocation à minimiser l'impact de la réalisation des constructions envisagées. La suite de l'arrêt est plus classique. L'utilité publique du projet est vérifiée. Le juge intègre les résultats du contrôle opéré par rapport au principe de précaution.

γ. Un contrôle de proportionnalité suffisant

Beaucoup d'auteurs ont critiqué la retenue dont fait preuve le Conseil d'État, en général, dans l'usage de la théorie du bilan[4294]. Pour y pallier, Bertrand Seiller a proposé qu'il soit procédé à « un contrôle de la légalité extrinsèque de la déclaration d'utilité publique ». En somme, cela reviendrait pour le juge à prendre sa décision quant au projet qui lui est soumis, au regard de l'utilité publique des projets alternatifs. Si un projet a une « meilleure » utilité publique, alors celui envisagé initialement doit être abandonné. C'est un « bilan des bilans » que propose l'auteur[4295]. Dit plus clairement, « le juge recherche l'acte le mieux adapté aux circonstances de droit et de fait. La décision en litige est examinée non plus en elle-même – intrinsèquement – mais relativement à d'autres – extrinsèquement »[4296]. C'est, *in fine*, décider « quel emplacement présente le meilleur bilan coûts-avantages »[4297]. De fait, cela revient à dire que seul l'un des projets peut être considéré comme d'utilité publique. L'auteur appelle donc à une évaluation comparative des projets. En fait,

4293. Cons n°40.
4294. WASCHMANN, « Un bilan du bilan en matière d'expropriation. La jurisprudence Ville Nouvelle Est, trente ans après », pp. 733-748 in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, *op. cit.* ; SEILLER (B.), « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », *AJDA* 2003, pp. 1472-1477 ; JANIN (P.), « La jurisprudence du bilan est-elle toujours utile ? », *Droit de l'environnement* 2011, pp. 318-324 ; SERRAND (P.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente », *RDP* 2012, pp. 901-923, notamment pp. 912-916.
4295. *ibid*., p. 1472.
4296. *ibid*., p. 1473.
4297. *ibid*., p. 1472.

c'est à un contrôle de la nécessité du projet que le juge devrait se livrer, eu égard aux résultats découlant du bilan de chacun des projets possibles. Cette proposition a trouvé un appui chez Pierre Serrand. Le professeur pose en effet la question suivante : « le juge ne pourrait-il pas faire la même chose en matière d'utilité publique et censurer pour erreur manifeste d'appréciation un projet dont le bilan coûts/avantages serait manifestement moins favorable qu'un autre ? Cela le conduirait à imposer à l'administration de choisir le projet le plus adapté »[4298].

Mais, le Conseil d'État procède déjà à une comparaison des projets, par le biais du contrôle de la nécessité. Il faut ici préciser qu'elle ne peut intervenir que lors de cette étape du contrôle de proportionnalité. Le contrôle du bilan coûts-avantages, en lui-même, au sens de la jurisprudence *Ville Nouvelle Est*, ne permet pas la comparaison des projets. Par nature, il intervient en troisième lieu, après que le juge s'est assuré que d'autres moyens, moins contraignants et tout aussi efficaces, n'existaient pas. Sur ce point, la proposition du professeur Seiller est porteuse d'une certaine confusion puisqu'il assimile contrôle de la nécessité et du bilan, autrement dit, de la proportionnalité *stricto sensu*. En distinguant bien ces deux éléments, on s'aperçoit que le juge procède bien au contrôle de nécessité. En effet, Bertrand Seiller exclut de son article le cas où le juge recherche si l'autorité pouvait réaliser l'opération sans recourir à une quelconque expropriation[4299]. Rien ne justifie une telle mise à l'écart. Il s'agit bien de juger de la légalité du projet au regard de solutions alternatives moins négatives, ou dit autrement, d'une plus grande utilité publique. Il est vrai que la méthode employée par le juge ne peut pas satisfaire pleinement l'auteur. Dans l'arrêt *Commune de Levallois-Perret*, le Conseil d'État casse un arrêt de Cour administrative d'appel au motif qu' « en tenant ainsi compte de la disponibilité par la commune de terrains et immeubles non pour vérifier l'impossibilité de réaliser l'opération litigieuse dans des conditions équivalentes sans recourir à l'expropriation mais pour apprécier le caractère excessif des inconvénients présentés par cette opération » elle a commis une erreur de droit[4300]. La solution alternative n'a pas vocation à déjuger l'autorité quant à l'utilité publique du projet envisagé. Elle permet seulement de constater, avec une certaine objectivité, la possibilité de le réaliser, dans les mêmes conditions, sur des terrains déjà disponibles[4301]. La frontière avec un contrôle de la « légalité extrinsèque » reste toutefois assez

4298. SERRAND (P.), *ibid*., p. 914.
4299. SEILLER (B.), « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », *op. cit*, p. 1472.
4300. CE, 19 octobre 2012, *Commune de Levallois-Perret*, rec. t. 800 ; *RDI* 2012, pp. 617-619, obs. R. Hostiou ; *AJDA* 2012, p. 1982, obs. Y. Jégouzo.
4301. Voir également les conclusions Dondoux sur l'arrêt *Malardel* (CE, Sect., 29 juin 1979, rec. 294). Pour le commissaire du Gouvernement il s'agit « *de vérifier que l'opération n'aurait pas pu être réalisée sans expropriation*, ce qui implique en fait que le juge recherche si la collectivité expropriante ne disposait pas des terrains nécessaires pour réaliser l'opération et qu'il vérifie que d'autres procédures que l'expropriation ne pouvaient être employées » (rec. 298. C'est l'auteur qui souligne).

mince.

Quoi qu'il en soit, et en dehors de ce cas, il est des projets pour lesquels les expropriations sont nécessaires. Pour autant, le juge ne s'interdit pas de comparer les solutions disponibles. Nous en avons déjà mentionné des exemples. Tel est le cas dans l'affaire *Fédération Alto et autres*[4302]. Le projet de trains pendulaires n'est pas une alternative possible puisque ses inconvénients ne sont pas moins grands. De même, dans l'affaire *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil, du Poitou et de Migne-Auxantes*, il n'est pas possible d'affirmer, selon le juge, que « l'aménagement, en lieu et place de la ligne projetée, de la ligne existante permettrait des résultats comparables, notamment en termes de gains de temps et d'augmentation du trafic, sans procéder à des expropriations aussi importantes que celles qu'autorise le décret attaqué »[4303].

En fait, le contrôle de la « légalité extrinsèque » existe, mais il est très limité. La raison en est la suivante : il ne peut être opéré un véritable « bilan des bilans ». D'une part, car cela oblige le juge à procéder à une étude de la proportionnalité du projet alternatif. Or, si ce contrôle est déjà difficile pour un projet ayant fait l'objet de multiples rapports, d'avis et d'enquêtes publiques, il devient pratiquement impossible dans la limite des éléments uniquement échangés pendant le débat contentieux. D'ailleurs, cet argument a été clairement utilisé par Alexandre Lallet, dans ses conclusions sur l'arrêt *Stop THT*, pour justifier le refus d'utiliser la technique du professeur Seiller[4304]. D'autre part, la comparaison ne peut s'effectuer qu'entre des projets ayant la même efficacité. La probabilité d'une stricte correspondance est très faible. Si un écart se présente, et alors même que le projet alternatif serait clairement moins désavantageux, le juge ne pourrait pas en déduire l'absence d'utilité publique[4305]. Enfin, et même si le juge pouvait procéder ainsi, il devrait

4302. Voir en général *supra* : Partie II, Titre II, Chapitre I, Section II, II, B, 1, a.
CE, 28 décembre 2009, *Fédération Alto et autres*, req. n°311831.
4303. CE, 28 mars 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil, du Poitou et de Migne-Auxantes*, rec. t. 967.
4304. CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, rec. 60, concl. Lallet, pp. 87-88. Pourtant, sur ce point, les conclusions du rapporteur public sont porteuses de nombreuses confusions. Il admet une recherche du meilleur bilan possible pour ce qui est des mesures de précaution, mais non dans la définition de l'utilité même du projet. Selon lui, cela se justifie parce que l'étude du respect du principe de précaution relèverait de la deuxième étape du contrôle de proportionnalité alors que le bilan coûts-avantages ne serait qu'une expression de la troisième étape. Or, nous avons vu que tant le principe de précaution que l'utilité publique relèvent des trois étapes du contrôle. Rien ne justifie en fait cette différence. Le contrôle de nécessité peut être opéré dans les deux cas.
Antérieurement, le commissaire du Gouvernement Dondoux avait lui aussi refusé cette opération, considérant qu'elle conduirait le juge à entrer dans l'opportunité du projet (CE, Sect., 29 juin 1979, *Malardel*, rec. 294, voir p. 298). Dans le même sens, voir les conclusions de Martine Denis-Linton dans l'affaire *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres* (CE, Ass., 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute Transchablaisienne*, rec. 120 ; *RFDA* 1997, pp. 740-747, concl. Denis-Linton, p. 744) ainsi que celles de Jean-Marie Delarue dans l'affaire *de Malafosse et autres* (CE, Ass., 28 mars 1997, *de Malafosse et autres*, rec. 120 ; *RFDA* 1997, pp. 754-767, p. 757).
4305. Dans l'affaire *Malardel*, la commune expropriante disposait de terrains permettant la réalisation du projet. Cependant, le commissaire du Gouvernement Dondoux met en relief que ce projet n'aurait, toutefois, pas été réalisé dans des conditions équivalentes, notamment en terme d'efficacité. Ainsi, bien que permettant de ne porter atteinte à aucune propriété, il ne peut pas faire perdre son caractère d'utilité publique à l'opération initialement prévue (CE, 29

alors comparer des projets qui, bien qu'étant de même nature, ne seront pas nécessairement comparables. Que faire, pour le juge, si l'un des projets est globalement meilleur, mais l'autre est moins invasif pour l'environnement ? Faut-il privilégier le premier au détriment du second ? Et si oui est-ce vraiment le rôle du juge que de faire cela ? Certainement pas. Il nous faut ici nous rappeler les propos du commissaire du Gouvernement Gentot précisant qu'aucune obligation ne pèse sur l'administration de choisir le meilleur tracé possible : « vous n'avez par à rechercher, selon nous, lequel des deux tracés réalise l'utilité publique *optimale* vers laquelle doit tendre l'action administrative »[4306]. Là réside la question : il n'y a pas un seul projet pouvant être d'utilité publique, mais plusieurs. Il revient ensuite à l'administration de choisir parmi eux. Ce n'est pas l'affaire du juge de lui imposer un tel choix.

De plus, l'idée développée par Bertrand Seiller revient à penser que le juge, en opérant un contrôle du bilan, effectue une pure opération arithmétique. Cette vision est erronée. Il ne s'agit pas d'attribuer des notes à un projet. L'appréciation est globale et porte sur des éléments hétérogènes, irréductibles à une pure opération d'addition et de soustraction. Le contrôle de la nécessité opéré aujourd'hui par le juge ne dément pas notre point de vue. Les arrêts que nous avons cités mettent en évidence une même logique : le juge recherche si, à efficacité comparable, un projet alternatif nécessitant aucune, voire seulement moins d'expropriations, existe. Ce n'est donc qu'à travers cet élément que les projets sont comparés. En cela, l'opération ainsi menée par le juge rejoint celle énoncée dans l'arrêt *Commune de Levallois-Perret* : il s'agit avant tout de protéger le droit de propriété. Mais, rien ne dit que si une telle solution alternative semblait possible, et encore une fois, la donnée correspondant à l'efficacité du projet est un frein majeur de la comparaison, des données purement économiques, voire environnementales, ne viendraient pas mettre à bas cette alternative. La comparaison effectuée est limitée puisqu'elle ne comporte pas tous les éléments du bilan, ce qui est compréhensible au regard des nombreuses données techniques impliquées. Là est l'intérêt de la bonne distinction entre contrôles de la nécessité et de la proportionnalité *stricto sensu*. Par la première, le juge s'assure, à efficacité similaire, si un projet alternatif moins contraignant pour le droit de propriété existe. Si la réponse est négative, alors il contrôle le bilan coûts-avantages de celui ayant été déclaré d'utilité publique. Cette étape constitue une soupape de sécurité permettant de censurer le projet dépourvu d'alternatives, si ses effets sont clairement négatifs. À ce stade, il prend en compte un plus grand nombre d'éléments, mais aucune comparaison n'est réalisée. Elle serait, nous l'avons dit, très difficile pour le juge. En somme, le contrôle de la « légalité extrinsèque » des projets ne nous paraît pas devoir ni pouvoir être poussé plus loin.

juin 1979, rec. 294, voir p. 300).

4306. Conclusions sous l'arrêt *Adam* : CE, Ass., 22 février 1974, *Adam*, rec. 145 ; *RDP* 1975, pp. 486-497, p. 490, concl. Gentot.

Le contrôle de proportionnalité exercé sur les déclarations d'utilité publique peut paraître frustrant, car peu efficace. Mais, il témoigne aussi de la volonté du juge de laisser une certaine marge d'appréciation à l'autorité compétente, dans un domaine technique et empreint d'une forte dimension politique pour les projets d'une certaine envergure. L'incorporation de nouveaux éléments pour juger de l'utilité publique, comme le principe de précaution, est la bienvenue. Toutefois, il ne nous paraît ni nécessaire ni utile de demander au juge d'aller aussi loin que le propose le professeur Seiller. Le juge n'en a ni la capacité ni la légitimité. Il se doit de respecter la place qui est la sienne, surtout dans ce type de contentieux. L'état de la jurisprudence a, selon nous, deux intérêts majeurs. Il permet au juge de censurer les projets dont la proportionnalité n'est clairement pas respectée. Dit autrement, le juge censure les disproportions manifestes affectant certaines opérations urbanistiques. Tout en protégeant les droits, notamment celui de propriété, ou encore l'environnement, il ménage une marge de liberté à l'administration. De plus, telle qu'elle est, la jurisprudence offre à l'autorité décisionnaire un mode d'emploi utile du procédé par lequel elle doit passer lorsqu'elle établit un projet devant recevoir une déclaration d'utilité publique. Le juge de l'excès de pouvoir se fait, là aussi, guide de l'administration.

b. Un contrôle restreint de proportionnalité dans le domaine économique : le cas des mesures de concentrations

Dans le contentieux économique, le juge, bien qu'usant là aussi du contrôle de proportionnalité, est enclin à ne pas entrer trop profondément dans les appréciations de l'autorité administrative. Un exemple nous servira à démontrer notre propos. Il s'agit de l'arrêt *Société Groupe Canal Plus*, rendu le 21 décembre 2012[4307]. Ce litige portait sur deux décisions distinctes : d'une part, le retrait, le 20 septembre 2011, de la décision de concentration de Canal Plus et de TPS par l'Autorité de la concurrence et d'autre part, sur la nouvelle autorisation de concentration donnée par le même organe à ces deux opérateurs, prise le 23 juillet 2012. Le premier arrêt a été rendu en plein contentieux, nous ne nous y intéresserons pas. Nous nous focaliserons sur la seconde décision, dont la contestation a donné lieu, conformément aux conclusions du rapporteur public Vincent Daumas, à un recours pour excès de pouvoir. Plus exactement, ce sont les injonctions adressées

4307. CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi Universal*, rec. 430 ; *RFDA* 2013, pp. 55-69, concl. Daumas.
CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi*, rec. 447 ; *RFDA* 2013, pp. 70-101, concl. Daumas (partiellement reproduites).
Sur ces deux affaires, voir : DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), « Concentrations : affaires Canal plus, décodage », *AJDA* 2013, pp. 215-227.

avec la décision qui sont en cause. L'arrêt ne fait mention d'aucune recherche d'une « disproportion manifeste ». Tout semble indiquer que le juge se livre à un contrôle poussé de proportionnalité. Pourtant, c'est à une tout autre conclusion que nous arrivons, notamment à la lecture des conclusions du rapporteur public.

En premier lieu, lors de l'étude du caractère suffisant de certaines injonctions, Vincent Daumas propose d'écarter certains aspects de l'argumentation des requérants « qui ne sont pas pertinents »[4308]. Or, au titre de ces éléments exclus, il se trouve qu'une injonction alternative était proposée par la Société Numéricable[4309]. Cet argument est écarté, le rapporteur public précisant alors que « la question est seulement de savoir si les injonctions prononcées sont suffisantes, pas si d'autres auraient été meilleures »[4310]. C'est donc le contrôle même de la nécessité de ces mesures qui est exclu. En somme, dès lors que les injonctions atteignent leur but, c'est-à-dire de permettre une concurrence suffisante, le juge n'a pas à rechercher si d'autres auraient pu être plus efficaces. Sur ce point, l'injonction est légale lorsqu'elle atteint ce plancher. Le contrôle de la « légalité extrinsèque », appelé de ses vœux par le professeur Seiller pour ce qui est du contrôle des déclarations d'utilité publique, n'a pas plus cours ici.

En second lieu, à leur lecture, les conclusions font une large place aux appréciations de l'Autorité de la concurrence. Par exemple, concernant l'une des injonctions étudiées, le rapporteur public fait état de ses doutes quant à son intérêt. Il relève ainsi que « l'Autorité, dans sa décision justifiait de manière très légère la nécessité de cette injonction »[4311]. Si le doute est permis, c'est en conséquence de la négligence de l'Autorité dans la justification apportée quant à la mesure décidée. Et si, *in fine*, le rapporteur public fait état de son utilité, c'est au motif que « les éléments produits au cours de l'instruction nous convainquent, finalement, que la séparation juridique des différents métiers de GCP est nécessaire »[4312]. S'interrogeant ensuite sur les conséquences de la même injonction, il affirme que « la mesure n'est pas disproportionnée, au sens où nous ne croyons pas qu'elle implique des coûts ou des difficultés de mise en œuvre excessifs pour GCP »[4313]. Pour autant, il doute que, de son côté que, l'Autorité de la concurrence, « ait bien pris en compte toutes les implications de cette séparation juridique »[4314]. Malgré cela, et malgré l'énoncé de ces éléments

4308. *RFDA* 2013, p. 81.
4309. Il s'agissait d'imposer le découplage des chaînes de Canal + afin de garantir une meilleure concurrence sur le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes premium.
4310. *idem*.
4311. *ibid*., p. 80.
4312. *idem*.
4313. *ibid*., p. 81.
4314. *idem*.

occultés par l'autorité administrative indépendante, il conclut qu' « en tout état de cause, ce ne sont pas ces éléments que mettent en avant GCP et Vivendi dans leurs écritures ». Faute d'avoir été soulevés, et bien que Vincent Daumas se soit interrogé explicitement sur cette question, ces éléments ne peuvent conduire à juger l'injonction comme étant excessive.

Ce que traduisent ces différents éléments c'est la dépendance du Conseil d'État, dans des contentieux particulièrement complexes et techniques comme celui-ci, aux éléments du débat contradictoire. Il est difficile pour lui, de se forger sa propre opinion. Il n'a pas l'expertise de l'Autorité de la concurrence, ni l'habitude des pratiques existantes comme peuvent les avoir les opérateurs eux-mêmes. Il est donc limité matériellement par les éléments ressortant du débat contradictoire et de l'instruction. Cela se traduit, dans l'arrêt même du Conseil d'État, aux nombreuses références aux « pièces du dossier »[4315]. Dans une affaire comportant autant d'éléments techniques, et aux multiples implications, il n'est pas étonnant que certains aient pu considérer qu'elle ait battu « un record probable de la richesse de l'instruction »[4316]. Mais, le Conseil d'État est aussi limité, qualitativement dirons-nous, au regard des difficultés techniques d'appréciation. À défaut de pouvoir se forger entièrement sa propre opinion, il se repose sur l'expertise de l'Autorité de la concurrence. Si celle-ci est partie à l'instance, cela n'enlève pas, pour autant, la qualité de sa compétence. Son expertise est manifestement reconnue par le Conseil d'État. Il a décidé, dans une autre affaire de concentration, de faire appel à l'ancien Conseil de la concurrence, pour avis, en dehors de textes l'y habilitant[4317]. Cela permet au juge d'enrichir les éléments à sa disposition et lui apporte une aide précieuse dans son contrôle.

Cependant, nous ne souscrivons pas à l'idée selon laquelle, par le renforcement de ses pouvoirs d'instructions, et ainsi l'accroissement des éléments d'appréciation pouvant l'informer, le juge puisse exercer un contrôle approfondi[4318]. Il reste largement dépendant des appréciations techniques portées par les autorités compétentes en ce domaine. De lui-même, le juge ne peut observer les phénomènes économiques, les effets de telle ou telle décision sur la concurrence ou sur l'évolution d'un marché. Déjà, les informations qu'il reçoit, bien qu'étant le résultat d'études techniques sérieuses, ont une certaine dimension spéculative. Une autorité, toute légitime qu'elle soit, peut-elle être certaine, à coup sûr, qu'une autorisation de concentration, même assortie d'injonctions, n'aura pas d'effets négatifs ? Il y a des variables qui, par nature, ne peuvent être

4315. Nous avons recensé pour la seule étude des injonctions, vingt occurrences de l'expression « pièces du dossier » pour quarante-sept considérants.
4316. DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), « Concentrations : affaire *Canal plus*, décodage », *op. cit.*, p. 215.
4317. CE, 20 juillet 2005, *Société Fiducial Informatique*, rec. 334 ; *AJDA* 2005, pp. 2167-2172, chron. C. Landais et F. Lenica.
4318. TOUBOUL (C.), « Juger l'action économique, c'est encore agir sur l'économie », *RFDA* 2016, pp. 83-93, notamment pp. 91-92.

anticipées. Les éléments servant de base au contrôle du juge sont alors porteurs d'un certain aléa. À cela s'ajoute l'incapacité du juge à apporter sa propre expertise. Son rôle, dans ce cas, se limite à juger du caractère raisonnable et pertinent des informations qui justifient la décision en cause. Le débat contradictoire peut lui permettre de disposer d'appréciations divergentes. Mais, alors, il ne peut dire que les unes sont plus réalistes que les autres. Toute son appréciation portera sur la motivation et sur la pertinence des éléments qui lui seront soumis. Son contrôle n'est pas approfondi. Il porte sur une certaine mise en balance des informations qu'il reçoit, permettant de juger de la pertinence de la motivation de la décision.

Enfin, la limitation de l'introduction du juge dans l'appréciation de l'autorité est illustrée par le choix même du recours pour excès de pouvoir. Ayant conclu sur les deux affaires *Groupe Canal Plus*, Vincent Daumas avait fait du recours de plein contentieux le plus apte à permettre au contrôle de statuer sur la première. Pour ce qui est de la seconde, portant sur la légalité de la décision d'autorisation de la concentration et des injonctions assorties, il privilégie donc le recours pour excès de pouvoir[4319]. Trois avantages propres à l'office du juge de l'excès de pouvoir justifient l'approche du rapporteur public : il statue au jour de la décision, il ne peut réformer la décision et enfin il peut annuler des injonctions sans remettre en cause la concentration.

Quant à la première caractéristique, en appréciant la légalité de la décision au jour de son édiction, le juge n'aura pas à censurer l'organe compétent aux motifs que des faits postérieurs auraient remis en cause ses analyses antérieures. Deux difficultés surgiraient d'une telle pratique. Tout d'abord, il serait difficile pour le juge de « saisir la situation concurrentielle sur les différents marchés concernés par l'opération à la date à laquelle il statue »[4320]. Ensuite, cela conduirait le juge à prononcer de nombreuses annulations « au seul motif que cette évolution a rendu caduque l'analyse concurrentielle sur laquelle s'est fondée l'autorité administrative »[4321]. En somme, à la difficulté technique pour le juge de porter son regard sur les marchés au jour de sa décision, s'ajoute une volonté de ne pas être intransigeant avec les appréciations de l'autorité décisionnaire. Le juge de l'excès de pouvoir se contentera de statuer sur le sérieux de l'analyse. Il ne lui revient pas de décider de sa véracité. Cette idée fait écho aux propos tenus, déjà, en 1952, par Jean de Soto : « trancher dans le vif en matière économique, c'est jouer l'apprenti sorcier, déchaîner des forces dont le juge n'est pas maître, c'est porter un jugement de valeur sur des problèmes différents d'autrefois »[4322].

Quant à la deuxième caractéristique, le juge est, au regard même du contentieux dans lequel

4319. *RFDA* 2013, pp. 71-74.
4320. *ibid*., p. 72.
4321. *idem*.
4322. De SOTO (J.), « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », *EDCE* 1952, pp. 64-78, p. 71.

il se trouve, dans la possibilité uniquement d'annuler la décision en cas d'illégalité. S'il pouvait la réformer, comme juge de plein contentieux, alors il devrait prendre en compte l'état des marchés au jour de sa décision. Cependant, le rapporteur public note que « cela n'est sans doute pas infaisable après un supplément d'instruction soigneusement mené, mais force est de constater que le juge ne dispose pas des outils pour ce faire »[4323]. L'annulation est la seule option. Elle permet de renvoyer l'affaire à l'autorité administrative qui pourra alors reprendre le dossier et adopter une nouvelle décision. Cela permet de coller à une spécificité propre à la procédure de contrôle de concentration : celle consistant pour l'autorité compétence à prendre des injonctions au regard des engagements proposés, en amont, par les parties souhaitant opérer la concentration[4324]. En somme, elles sont la conséquence d'échanges entre les parties et l'autorité. Le juge ne pourrait pas, d'autorité, prendre de telles injonctions, coupées de cette phase de discussion.

Enfin, si l'une de ces mesures jointes à la décision de concentration est considérée comme disproportionnée, l'administration pourra en reprendre une, sans que cela n'ait pour conséquence la remise en cause de l'opération[4325]. Cette annulation partielle permet de ménager l'action administrative. Un vice l'affectant ne conduit alors pas irrémédiablement à la disparition de toute l'opération. Le choix du recours pour excès de pouvoir, au travers de ces trois caractéristiques, traduit la volonté du juge de ne pas entrer imprudemment dans un domaine difficile à maîtriser, aux implications multiples et pour lequel l'administration doit disposer d'une marge de manœuvre. En choisissant de considérer les requêtes comme des recours pour excès de pouvoir, le juge ménage les obligations pesant sur l'autorité administrative. Cela ne peut que se répercuter sur le contrôle de proportionnalité.

En somme, la formulation retenue du contrôle de proportionnalité ne doit pas tromper sur l'appréciation réellement portée par le juge. Bien que mentionnant les trois étapes classiques le composant, la mesure n'y est pas toujours confrontée avec une extrême rigueur. Les contentieux étudiés ici le démontrent.

Il faut encore rappeler que, même lorsqu'il est utilisé avec plus de rigueur, comme dans le cadre des mesures de police ou encore dans le contentieux des sanctions, il ne conduit pas le juge à se substituer totalement à l'autorité compétente. Il permet uniquement d'affiner plus précisément le choix possible entre les mesures légales. Le pouvoir discrétionnaire n'est pas remis en cause. Récemment encore, proposant l'utilisation d'un contrôle de proportionnalité poussé sur les mesures de déchéance de nationalité, le rapporteur public Xavier Domino mettait en évidence que le juge

4323. *ibid*., p. 73.
4324. *idem*.
4325. *ibid*., pp. 73-74.

« peut bien mener un plein contrôle tout en tenant compte de la marge de manœuvre laissée à l'administration »[4326]. Dans ce contentieux, l'évolution proposée a alors « un intérêt plus jurisprudentiel que concret »[4327]. Les décisions étant rares et souvent motivées sur le fond, même avec un contrôle plus poussé, le risque d'annulation est faible. Ce, d'autant plus, que la déchéance de nationalité est prévue pour des cas extrêmes graves. Il semble que la seule possibilité de voir une telle décision annulée soit qu'elle fasse suite à une condamnation de faible importance. Certes, la sanction ne peut constituer l'unique motif du prononcé de la déchéance. Mais, c'est la seule variable pouvant « alléger le très lourd plateau des motifs justifiant la mesure »[4328]. Dit autrement, si de tels motifs sont allégués, il est peu probable de voir la décision remise en cause. La liberté de l'administration ne souffre pas du passage au contrôle entier de proportionnalité. L'évolution sémantique ne couvre pas la marge d'appréciation qui lui est laissée.

Dire qu'un tel contrôle peut conduire le juge à une appréciation plus ou moins rigoureuse n'est pas contradictoire. Suivant l'intensité, l'échelle des mesures légales ouvertes à l'administration pour répondre à la situation sera plus ou moins grande. Il faut donc le considérer comme une méthode de contrôle, consistant à la mise en relation du dispositif d'une mesure au regard de la situation à laquelle elle s'applique, non comme un degré de contrôle. À ce titre, il peut se trouver associé à l'erreur manifeste pour ne sanctionner que les disproportions les plus patentes[4329]. Il permet alors d'illustrer, encore aujourd'hui, cette vieille idée : il est des cas nombreux dans lesquels le juge administratif se doit de respecter le pouvoir discrétionnaire, car il n'est pas le mieux à même pour décider. Il ne peut, ni ne doit, faire acte d'administrateur puisque « l'expérience, les moyens d'information et l'esprit pratique de l'administrateur » sont « supérieurs à ceux du juge »[4330].

2. Les défis de l'adaptation de l'intensité dans le cadre de la *judicial review*

L'intensité du contrôle de *judicial review* est un sujet particulièrement brûlant d'actualité. Au fond, c'est la légitimité des juges qui est sous le feu des critiques. Ce constat marque une différence

4326. *AJDA* 2016, pp. 1758-1764, p. 1760 (Conclusions rendues sur l'arrêt du Conseil d'État, du 8 juin 2016, *M. T et autre*s (5 espèces) , rec. 231).
4327. *ibid*., p. 1761.
4328. *idem*.
4329. COSTA (J.-P.), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, voir p. 435 ; SERRAND (P.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente », *op. cit.*
Voir également sur ce point les très éclairantes conclusions du commissaire du Gouvernement Aguila dans l'affaire *Syndicat des avocats de France* (CE, Sect., 25 juillet 2007, rec. 384 ; *RFDA* 2007, pp. 1191-1197, notamment p. 1193).
Sur l'émergence de l'erreur manifeste, voir : KORNSPROBST (B.), « L'erreur manifeste », *Dalloz* 1965, pp. 121-124.
4330. WALINE (M.), « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP* 1930, pp. 197-223, p. 204.

importante avec le juge de l'excès de pouvoir. Rien n'est comparable en droit français actuellement à ce que peuvent subir les juges anglais lorsqu'une décision sensible est rendue. La récente affaire *Miller* en est un exemple, le rôle des juges ayant été critiqué par certains journaux anglais, au motif que leur décision serait une contestation même de la sortie de l'Union européenne. En creux, ce que révèle cet épisode c'est la tension qui pèse sur les cours anglaises dans le contrôle de l'administration. La question est souvent politisée, entraînant des critiques sur la légitimité des juges. Ce débat se retrouve également dans le domaine juridique. De plus en plus, les réflexions abondent afin que soit reconnue la nécessité pour les juges de faire preuve d'une certaine déférence dans la résolution des questions de droit, dans le but de ne pas se substituer, en toute occasion à l'administration. Déjà, les premiers exemples jurisprudentiels en ce sens voient le jour (a.). Le débat se prolonge dans un autre domaine que les questions de droit : celui du maintien de la dichotomie entre le contrôle du caractère raisonnable d'une décision, considéré intrinsèquement déférent, et celui de l'extension d'un contrôle de proportionnalité analysé comme nécessairement poussé (b.).

a. L'adaptation de l'intensité par le jeu de la qualification de la nature de la question : une méthode aujourd'hui insuffisante

Le problème du contrôle entier sur les questions de droit n'est en fait pas nouveau. Il découle de l'affaire *Anisminic*, ayant étendu drastiquement les questions de droit pouvant être soumises aux juges et pour lesquelles ils substituent leur appréciation à celle de l'administration. Le passage d'un contrôle relativement limité à un examen plus large et conduisant les juges à remplacer l'administration a fait peser des critiques sur le rôle des juges. Pendant longtemps, le pragmatisme juridictionnel a permis de tempérer en partie cette question, en jouant sur la distinction parfois subtile entre questions de droit et questions de fait (*α.*). Aujourd'hui, cela ne semble plus suffire. Les appels à une reconnaissance claire d'un contrôle parfois déférent sur les questions de droit se multiplient, ce qui ne laisse pas la jurisprudence insensible (*β.*).

α. Le jeu traditionnel de la qualification pragmatique de la question pour décider de l'intensité du contrôle

La différence entre « droit » et « fait » soulève une problématique bien connue en Angleterre. Il n'est pas rare, en effet, que le Parlement crée, pour certaines décisions, un droit

d'appel se limitant aux questions de droit. L'importance de la distinction n'est donc pas nouvelle[4331]. Pour autant, elle prend une autre dimension pour ce qui est de la *judicial review* après *Anisminic*. Dans ce domaine, les choses sont loin d'être clairement établies. Comme le soulignent deux éminents auteurs, « en réalité, il y a très peu de sujets dans lesquels, dans le passé, les juges ont agi avec aussi peu de constance que concernant la différence entre fait et droit »[4332]. Il faut tout d'abord distinguer trois éléments : les faits dits primaires, c'est-à-dire les faits que l'on peut observer, constater facilement ; les questions de droit classiques, illustrées par l'interprétation d'un terme, et qui sont ainsi complètement abstraites et coupées de tout contexte factuel ; et enfin les questions pour lesquelles le droit et le fait sont mêlés. Les deux premières catégories ont déjà été étudiées : les questions de fait sont soumises à un contrôle restreint là où les questions de droit font l'objet d'une appréciation pleine des juges. La question est donc fondamentale pour déterminer le degré d'intervention des juges.

La troisième catégorie pose, en revanche, plus de problèmes. Elle concerne en fait ce qui, en France, relèverait largement d'une question concernant la qualification juridique des faits. Thimothy Endicott parle de « question de l'application » du droit aux faits[4333]. Il est aussi possible de trouver l'expression « faits secondaires », car ce qui est en cause est une conclusion s'appuyant sur les « faits bruts »[4334]. Mark Elliott et Robert Thomas la qualifient de question « d'assemblage » : en clair, et usant de la figure du puzzle, il faut déterminer si les faits s'assemblent avec la réponse à la question de droit[4335]. Il s'agit, en effet, de rechercher si, au regard des « faits bruts », la situation entre dans la définition donnée à la loi. La problématique a donc divers éléments constitutifs : fait, droit et un pouvoir d'évaluation, de qualification[4336]. Or, plus la question de l'« assemblage » sera considérée comme proche d'une question de fait, moins les juges interviendront, et vice-versa. Dans ce domaine, les jurisprudences manquent manifestement de constance : certaines ont été traitées de questions de droit, certaines de questions de fait[4337].

4331. BEATSON (J.), « The scope of judicial review for error of law », *OJLS* 1984, pp. 22-45 ; YEATS (I.), « Findings of Fact : The Role of the Courts », pp. 131-153 in *Administrative Law and Government Action*, sous la dir. de G. Richardson et H. Genn, *op. cit.* ; HARE (I.), « The separation of powers and judicial review for error of law », pp. 113-139 in *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC*, sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, *op. cit.* ; ENDICOTT (T.), « Questions of Law », *LQR* 1998, pp. 292-321 ; *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 350-355 ; WILLIAMS (R.), « When is an Error not an Error ? Reform of Jurisdictional review of Error of Law and Fact », *PL* 2007, pp. 793-808 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 216-217, pp. 786-792 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 239-248.
4332. WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.,* p. 789.
4333. ENDICOTT (T.), « Questions of Law », *LQR* 1998, pp. 292-321, p. 293.
4334. BEATSON (J.), « The scope of judicial review for error of law », *OJLS* 1984, pp. 22-45.
4335. ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 504-505.
Voir également : WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, p. 562.
4336. Voir Lord Denning dans *Re Racal Communications, Ltd* ([1981] AC 374, pp. 374-375).
4337. ENDICOTT (T.), « Questions of Law », *op. cit.*, pp. 297-307 ; DE SMITH (S.A.), *Judicial Review of*

Mark Elliott et Robert Thomas constatent encore qu'« il n'y a pas une forme qui s'adapte à toutes situations »[4338]. Là réside une partie du problème, mais aussi de la compréhension de la situation. Deux approches différentes s'opposent sur la définition à donner aux questions de fait et de droit, et plus substantiellement aux questions entraînant la présence de ces deux éléments[4339]. La première est qualifiée d'analytique. Elle a vocation à définir chaque terme et à en tirer les conséquences quant au contrôle et au rôle des juges. La seconde, en revanche, qualifiée de pragmatique, s'appuie plutôt sur la mise en évidence de la relativité à la fois de la question et de la réponse. La variation admise découle en fait de la volonté des juges : selon qu'ils souhaitent, quel que soit le motif, connaître d'une question, ils la qualifieront plutôt de question de droit ; s'ils préfèrent la laisser à l'autorité décisionnaire, ils en feront une question de fait. En ce sens, la démarche des juges est fonctionnelle. C'est ainsi qu'en 1921, Lord Scrutton a affirmé, dans l'affaire *Currie v. Commissioners of Inland Revenue* : « il y a un désir très fort […] pour un juge de dire, s'il est d'accord avec la décision des Commissaires, que c'est une question de fait, et s'il est en désaccord avec eux, de la qualifier de question de droit, afin de pouvoir faire valoir sa propre opinion différente »[4340]. Dès lors, la qualification en « question de droit » légitime le contrôle des juges[4341]. Notamment, elle sera retenue quand l'affaire implique les droits fondamentaux d'un individu : dans ce cas, et pour justifier un contrôle accru, les juges pourront parler d'une question de droit[4342]. C'est cette approche pragmatique, parfois critiquée, qui est le plus souvent retenue[4343]. Une question d'application sera considérée comme une question de droit lorsque les juges souhaiteront intervenir[4344]. Chaque juge peut accorder une importance différente aux éléments de contexte, les conduisant à des conclusions différentes[4345].

Administrative Action, 3e éd., Stevens & Sons Limited, 1973, 549 pages, pp. 111-120 pages ; BEATSON (J.), « The scope of judicial review for error of law », *OJLS* 1984, pp. 22-45, p. 31 ; VISRUTPICH (V.), *Le contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les autorités administratives en droit français et anglais*, thèse, dactyl., 1991, 413 pages, pp. 241-276 ; WOOLF (H.), JOWELL (J.) et LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e éd., *op. cit.*, pp. 562-564.

4338. ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 3e éd., *op. cit.*, p. 505.

4339. ENDICOTT (T.), « Questions of Law », *LQR* 1998, pp. 292-321 ; WADE (W.) et FORSYTH (C.), *Administrative Law*, 11e éd., *op. cit.*, pp. 216-217, pp. 786-792 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 239-248.

4340. *Currie v. Commissioners of Inland Revenue* [1921] KB 332, p. 339.

4341. YEATS (I.), « Findings of Fact : The Role of the Courts », voir p. 137 in *Administrative Law and Government Action*, sous la dir. de G. Richardson et H. Genn, *op. cit.*.

4342. *Khawaja v. Secretary of State for the Home Department* [1984] AC 74, notamment p. 105 (Lord Wilberforce) et pp. 122-123 (Lord Bridge) : contrôle poussé sur la question de savoir si le requérant est « entré illégalement » sur le territoire britannique.

4343. ENDICOTT (T.), « Questions of Law », *op. cit.* ; *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.,* pp. 350-355.

4344. ENDICOTT (T.), « Questions of Law », *op. cit.*, pp. 307 ; VISRUTPICH (V.), *Le contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les autorités administratives en droit français et anglais*, *op. cit.*, pp. 241-305 (pour une comparaison pertinente avec le droit français sur ce point).

4345. Tel est le cas dans l'affaire *Evans* déjà étudiée, à propos du non-respect d'une décision du *Upper Tribunal* par le Procureur Général. Ce dernier avait refusé de faire connaître des documents au motif que cela pourrait être préjudiciable pour l'intérêt public. Plus les juges accordent d'importance au respect de la force jugée, plus ils verront la question posée comme étant une question de droit appartenant à leur compétence ; à l'inverse, plus les juges considèrent que la question porte sur l'intérêt public protégé par le Procureur Général, plus ils seront enclins à donner du poids à l'opinion de

L'approche pragmatique a été récemment admise explicitement dans l'affaire *Jones*[4346]. La qualification d'une question sera donnée en conclusion du raisonnement non en amont. L'affaire ne porte pas sur une demande de *judicial review* mais sur un appel porté sur un point de droit contre une décision du *Upper Tribunal* validant une décision prise par le *First-tier Tribunal*. Le requérant avait été gravement blessé après avoir été heurté par un camion qui essayait d'éviter une personne s'étant jetée sur la route pour se suicider. Sa demande portait sur l'indemnisation de son préjudice qu'il estimait avoir été causé par un « crime violent ». Toutefois, les membres des deux *tribunals* considèrent que l'acte de suicide ne peut être qualifié ainsi, n'ouvrant pas le droit à l'indemnisation selon le mécanisme recherché par le requérant. L'une des questions à résoudre par la Cour Suprême portait sur le champ du recours. Puisque l'appel est limité aux questions de droit, il fallait déterminer si telle était la nature de celle-ci en l'espèce. Lord Hope va affirmer que, dans ce type de situation, il faut adopter « une approche pragmatique », tenant compte de l'expertise des *tribunals*[4347]. Il y a ici un exemple particulier d'utilisation de la déférence, jouant à travers la qualification de la question. Elle est favorable aux *tribunals*, qui doivent disposer d'une plus grande marge de manœuvre, conduisant à admettre plus facilement que la question posée est avant tout factuelle. De surcroît, des actes très différents peuvent être qualifiés de crimes, donnant encore une dimension factuelle plus importante à l'opération. La qualification relève donc ici de l'expertise des *tribunals* et est donc à ce titre une question de fait[4348].

Mark Elliott et Jason Varuhas font ressortir cinq points de cette jurisprudence : la distinction entre fait et droit permet de moduler l'intensité de la *judicial review* ; l'approche est avant tout pragmatique, et les termes sont plus des labels, apposés suivant le contexte et les besoins, que des concepts ayant un sens propre et défini ; cette approche permet de limiter les effets trop importants de la jurisprudence *Anisminic* ; elle peut jouer également pour les litiges mettant directement en cause une activité administrative ; enfin, et en lien avec ce dernier point, les jugements se fondent sur la déférence justifiée par l'expertise de l'organe concerné, qui est ici un *tribunal* mais pourrait être une autorité administrative[4349]. L'approche de l'affaire *Jones* permet avant tout de limiter

l'autorité publique, et donc augmentera d'autant sa liberté. Voir : ELLIOTT (M.), « A tangled constitutional web : the black-spider memos and the British constitution's relational architecture », *PL* 2015, pp. 539-550 ; ALLAN (T.R.S.), « Law, democracy and constitutionalism : reflection on Evans v. Attorney General », *CLJ* 2016, pp. 38-61.
Voir en général : ALLAN (T.R.S.), « The constitutional foundations of judicial review : conceptual conundrum or interpretative inquiry ? », *CLJ* 2002, pp. 87-125 ; « Doctrine and theory in administrative law : an elusive quest of the limits of jurisdiction », *PL* 2003, pp. 429-45 ; « Legislative Supremacy and Legislative Intent : A Reply to Professor Craig », *OJLS* 2004, pp. 563-583.
4346. *R. (on the application of Jones) v. First-tier Tribunal* [2013] UKSC 19.
4347. [16].
Voir aussi [43] – [47] (Lord Carnwath).
4348. [17].
4349. ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 63-64.
Voir également : ARONSON (M.), « Should We Have a Variable Error of Law Standard ? », pp. 241-261, notamment pp. 252-254 in *The Scope and Intensity of Substantive Review. Traversing Taggart's Rainbow*, sous la dir. de H. Wilberg

l'intrusion des cours ayant à connaître d'une *judicial review* dans l'appréciation d'organe plus expert et mieux placé pour connaître d'une question.

La Cour d'Appel a confirmé récemment l'approche pragmatique tout en limitant son utilité : il n'est pas question pour des juges de qualifier de question de droit un problème seulement, car ils ne sont pas d'accord avec la décision prise[4350]. L'influence du contexte est en partie limitée par la nécessité d'avoir une approche ayant un minimum de constance. L'approche pragmatique reste toutefois centrale et apparaît bien ici avant tout comme un moyen de limiter la *judicial review* et notamment l'intensité du contrôle des juges.

β. Une méthode appelée à prendre de l'importance : l'admission d'un contrôle déférent des questions de droit

La déférence est appelée à jouer un rôle dans la distinction des questions comme nous venons de le voir. Mais, de plus en plus, l'idée d'une prise en compte de l'expertise d'une autorité pour résoudre des questions de droit voit le jour en doctrine. En somme, pour de nombreux auteurs, il est temps de mettre fin au degré unique de contrôle pour ces éléments, et d'accepter une variation de son intensité. Ils appellent en fait à l'introduction d'un contrôle limité au caractère raisonnable[4351]. Là encore, le but est de limiter les effets considérés excessifs de la jurisprudence *Anisminic*. Ce mouvement doctrinal est tout à fait remarquable en ce qu'il prend le contre-pied de la tendance globale de la jurisprudence, depuis les années soixante, vers toujours plus de contrôle. Il n'a aucun pendant en France, ni doctrinalement ni d'un point de vue jurisprudentiel. Il marque en fait la plus grande influence des considérations liées à l'expertise, et aux nécessités de la séparation des pouvoirs, notamment de l'octroi des pouvoirs par le Parlement, en droit anglais. Le contrôle juridictionnel n'est pas considéré comme une bonne chose en soi, mais comme un pis-aller. Les juges, surtout dans le cadre de la *judicial review*, ne doivent pas remplacer l'administration qui reste,

---

et M. Elliott, *op. cit*.

4350. *Hutton v. Criminal Injuries Compensation Authority* [2016] EWCA Civ 1305, [57] – [58] (Lord Justice Gross).

4351. En général sur ce thème : *The Scope and Intensity of Substantive Review. Traversing Taggart's Rainbow*, sous la dir. de H. Wilberg et M. Elliott, Hart Publishing, Oxford, 2015, 444 pages. En particulier, pour ce qui est du débat doctrinal, voir dans cet ouvrage : WILBERG (H.) et ELLIOTT (M.), « Deference on Questions of Law : A Survey of Taggart's Contribution and Themes in the Wider Literature », pp. 197-214. De même, pour une proposition d'introduction de la déférence dans les questions de droit : WILBERG (H.), « Deference on Relevance of Purpose ? Wrestling with the Law/Discretion Divide », pp. 263-285.
Voir également : BEATSON (J.), « The scope of judicial review for error of law », *OJLS* 1984, pp. 22-45 ; HARE (I.), « The Separation of Powers and Judicial Review for Error of Law », pp. 113-139 in *The Golden Metwand and The Crooked Cord. Essays on Pulic law in Honour of Sir William Wade QC*, sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, Clarendon Press, Oxford, 1998 ; DALY (P.), « Deference on Questions of Law », *MLR* 2011, pp. 694-720 ; ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 331-339 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit*., pp. 496-502 et pp. 561-562 ; MURRAY (P.), « Escaping the wilderness : R. v. Bolton and judicial review for error of law », *CLJ* 2016, pp. 333-365 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.N.E.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit*., pp. 65-71.

dans de nombreuses situations, au moins aussi légitime et experte qu'eux. Cela ne signifie pas qu'ils ne pourront jamais exercer un contrôle poussé sur les questions de droit, mais seulement que, même dans ce domaine, le contexte doit déterminer casuistiquement, le degré optimal d'examen. Ce mouvement appelant à un certain repli connaît de plus en plus de traduction en jurisprudence, illustrant le fait que sur ce point, le chemin pris par la *judicial review* et le recours pour excès de pouvoir n'est pas le même.

Dans l'affaire *Cart*, tranchée deux ans avant l'affaire *Jones*, la Cour Suprême a pris une position particulière quant à la résolution des questions de droit par voie de *judicial review*[4352]. Certes, la décision ne concernait pas l'intensité du contrôle, mais son champ. Elle est toutefois révélatrice de ce mouvement de recul du contrôle des juges dans ce domaine. En substance, la question posait aux Lords étaient la suivante : est-il possible pour un individu de faire une demande de *judicial review* contre le refus du *Upper Tribunal* de connaître d'un appel contre une décision du *First-tier Tribunal* ? Deux exigences différentes devaient être conciliées : d'une part, il n'était pas admissible de laisser les décisions du *Upper Tribunal* sans aucun contrôle, et notamment lorsqu'il refuse de connaître d'un appel, car dans ce cas l'individu se retrouve sans voie de recours ; d'autre part, il était nécessaire de prendre en compte l'expertise particulière dont disposent ses membres et qui justifie tant l'existence que la compétence de ces organes quasi-judiciaires[4353]. En somme, il faut rechercher un moyen de restreindre la *judicial review*, pour préserver le fonctionnement de la structure des *tribunals* et leur expertise, tout en permettant un contrôle des erreurs de droit[4354] ; cette conciliation ne peut s'atteindre que par la mise en place d'un mécanisme proportionné de résolution de ces questions[4355]. À cette fin, les juges vont considérer que la *judicial review* n'est possible que pour les cas soulevant un point de principe ou pratique important, ou encore s'il y a des motifs impérieux d'en connaître. Ce test permet en somme de connaître d'une demande lorsqu'elle pose une question de droit importante, devant être tranchée à un niveau plus élevé[4356]. Il garantit à la fois une certaine liberté pour les *tribunals* dans la résolution des questions de droit, en permettant la censure

4352. *R. (on the application of Cart) v. Upper Tribunal* [2011] UKSC 28. Voir le commentaire de cette affaire de Tim Buley paru dans la revue *Journal of Immigration Asylum and Nationality Law* (2012, pp. 68-71).
Voir : CRAIG (S.), « Judicial review : how much is too much ? A view of Eba, Cart and MR (Pakistan) from the asylum and immigration perspective », *Edinburgh Law Review* 2012, pp. 211-223 ; THOMAS (R.), « Mapping immigration judicial review litigation : an empirical legal analysis », *PL* 2015, pp. 652-678 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit*., pp. 489-490 ; MURRAY (P.), « Process, Substance and Error of Law Review », pp. 87-111, notamment pp. 104-111 in *Public Law Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell et al., *op. cit*. ; ARONSON (M.), *ibid.*, pp. 250-254.
4353. Voir en particulier le jugement de Lady Hale : [37] – [60].
4354. [57].
4355. [37].
4356. Il reproduit le mécanisme prévu par la section 13(6) du *Courts and Enforcement Act* de 2007, créant le système à deux étages des *tribunals*, et prévoyant, dans les mêmes conditions, les cas d'appels possibles contre les décisions du *Upper Tribunal* devant la Cour d'Appel.

des erreurs les plus importantes. Tout en maintenant la jurisprudence *Anisminic*, le jugement de l'affaire *Cart* réintroduit une distinction entre les erreurs de droit justifiée par l'expertise de l'autorité décisionnaire. Elle fait transparaître l'idée que les juges ne sont pas toujours les plus qualifiés, et que même sur les questions de droit, un organe doté d'un pouvoir décisionnaire a le droit à l'erreur. La logique qui en ressort joue évidemment avec plus de force dans le contexte des *tribunals*, mais pourrait être appelée, si nécessaire à s'étendre, pourvu que l'expertise de l'autorité en cause soit reconnue[4357].

Plus directement, il semble que certains jugements fassent une place à l'idée de déférence sur les questions de droit. En fait, là encore, il s'agit plutôt de litiges impliquant ce qui relèverait en France d'une question de qualification juridique des faits. Par exemple, dans l'affaire *Wiles*, la requérante contestait par voie de *judicial review* le refus d'un organe quasi-judiciaire de connaître d'un appel contre la décision du ministre ayant diminué sa pension d'invalidité[4358]. Notamment, ce dernier s'appuyait sur un nouvel examen médical démontrant que la maladie affectant la requérante n'était pas aussi grave que ce qui avait été diagnostiqué auparavant. Le ministre y voit là un changement de circonstances ouvrant la possibilité de diminuer l'indemnisation versée. La question devant être résolue par la voie de la *judicial review* est celle de savoir si le nouvel examen constitue bien un « changement de circonstances » au sens de la loi. Lord Dyson y affirme que le fait qu'une décision soit contrôlée par différents organes disposant d'une grande expertise n'empêche certes pas de faire une *judicial review*, mais doit conduire les juges à faire preuve de retenue lorsqu'ils affirment qu'une erreur de droit a été commise[4359]. Tel est le cas ici. Le domaine en question requiert une certaine expertise, nécessitant des juges de ne pas censurer une décision uniquement, car ils sont en désaccord[4360]. Ils doivent ainsi, pour régler cette question de droit, faire preuve de déférence. La décision du ministre n'est d'ailleurs pas censurée.

De façon encore plus claire, l'affaire *South Yorkshire Transport* illustre une forme de déférence dans l'application du droit aux faits[4361]. Le *Fair and Trading Act* de 1973 disposait, dans

4357. Récemment, la Haute Cour de Justice a admis qu'une clause législative puisse empêcher d'introduire une demande de *judicial review* sur les décisions d'un tribunal créé pour contrôler l'exercice des pouvoirs de surveillance du Gouvernement (*R. (on the application of Privacy International) v. Investigatory Powers Tribunal* [2017] EWHC 114). Notamment, la procédure spéciale suivie par cet organe est adaptée à ce domaine particulièrement sensible, technique et dans lequel l'intérêt public est particulièrement fort. Ces éléments expliquent que la Cour n'a pas utilisé son pouvoir d'interprétation pour limiter, voire empêcher les effets de la clause.
4358. *R. (on the application of Wiles) v. Social Security Commissioners* [2010] EWCA Civ 258.
4359. [43] – [55].
4360. Pour une affirmation similaire, selon laquelle dans un champ d'expertise propre à l'autorité en cause, en l'occurrence un *tribunal*, les juges ne doivent pas nécessairement se substituer à elle pour un simple désaccord quant à l'application du droit aux faits : *AH (Sudan) v. Secretary of State for Home Department* [2007] UKHL 49 [30] (Baroness Hale).
4361. *R. v. Monopolies and Mergers Commission, ex p. South Yorkshire Transport Ltd.* [1993] 1 WLR 23.
ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, pp. 350-355 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.N.E.),

sa section 64(1)(a) que la Commission des Fusions et Acquisitions pouvait mener une enquête en cas de fusion de deux entités si cela avait affecté une « partie substantielle du Royaume-Uni ». Une compagnie gérant un service de bus avait été créée par la fusion de cinq entreprises autrefois distinctes, lui permettant de desservir 3,2% de la population britannique, sur 1,65% du territoire. La Commission utilise son pouvoir provenant de la loi de 1973 et considère que cette opération est contraire à l'intérêt public. La compagnie introduit une demande de *judicial review* affirmant que la Commission n'avait pas compétence, au motif que la condition fixée par la section 64(1)(a) n'avait pas été respectée. Dans sa formulation, le pouvoir de l'autorité publique est défini en des termes vagues, tous reposant sur la question du sens à donner aux termes « partie substantielle du Royaume-Uni ». Lord Mustill, rendant le jugement pour la Chambre des Lords, opère en deux étapes[4362]. En premier lieu, puisque l'expression contenue dans la loi peut avoir différents sens, et renvoyer à différentes réalités parfois très éloignées les unes des autres, il appartient aux juges de déterminer où elle se situe sur l'échelle des sens possibles. En second lieu, une fois cette question résolue, l'expression peut toujours revêtir des acceptions différentes, suivant qui cherche à la définir. En somme, un désaccord peut intervenir dans l'application aux faits. Lord Mustill en conclut ainsi que, dans ce second cas, il appartient à l'autorité compétente de déterminer précisément si la situation à laquelle elle fait face entre dans le champ des sens possibles restant. En somme, les juges ne font qu'interdire les définitions extrêmes. Par exemple, la Commission ne pourra pas considérer que constitue une « part substantielle » seulement 0,01% du territoire et de la population ; à l'inverse, elle ne pourrait exclure une fusion conduisant une entreprise à connaître de 80% de ces éléments. Une fois ces situations extrêmes ôtées du sens de la loi, il appartient à la Commission d'agir et de préciser si le cas qu'elle a à connaître rentre dans les possibles définitions raisonnables restantes. Tel est le cas en l'espèce ; la décision est raisonnable et est donc légale. Cette décision est importante en ce qu'elle reflète la possibilité pour les juges de limiter leur contrôle, et donc de laisser plus de liberté à l'administration. Ici, ils ne vont pas se substituer entièrement à la personne publique dans le sens à donner à une question de droit ; seront constitutives d'un excès uniquement les définitions manifestement erronées. Il est ainsi reconnu la possibilité de faire varier l'intensité du contrôle en fonction de l'expertise accrue de l'autorité décisionnaire par rapport aux juges[4363].

Toutefois, ces solutions n'apparaissent pas satisfaisantes d'un point de vue conceptuel. Comme le relève Timothy Endicott, « le problème central est qu'une question d'application du droit

---

Administrative Law, 5e éd., *op. cit.*, pp. 57-71.

4362. [29] – [32].

4363. Pour une confirmation explicite en jurisprudence : *R. (on the application of CENTRO) v. Secretary of State for Transport* [2007] EWHC 2729, [37] (Justice Beatson).

Certains auteurs, comme Paul Daly, en appellent à l'extension de cette jurisprudence en droit anglais : DALY (P.), « Deference on Questions of Law », *op. cit*, pp. 718-720.

peut être une question de droit dans un cas, et pas dans un autre »[4364]. Tout dépend en effet du point de vue qu'adoptent les juges sur la réponse à donner. S'ils considèrent, au regard des termes du texte et de leur propre expertise, qu'une seule réponse est possible (en l'occurrence, la leur), ils considèrent être en face d'une question de droit et se substituent à l'autorité publique. À l'inverse, si un désaccord semble possible, alors elle ne recevra pas la qualification de question de droit, les juges laissant un pouvoir discrétionnaire à l'autorité, comme dans l'affaire *South Yorkshire Transport*. Ce contextualisme extrême peut poser problème en doctrine pour appréhender le degré de contrôle.

Sur ce point, nous pensons que le droit administratif français peut apporter l'outil conceptuel nécessaire. Le droit administratif anglais souffre d'une certaine carence, due à l'histoire du développement du contrôle juridictionnel. La capacité des juges à intervenir a été liée à la qualification donnée à la question ; de là en découlait également l'intensité du contrôle, c'est-à-dire la substitution de l'appréciation pour toute erreur. Il en ressort le problème exposé : telle question est qualifiée comme étant de droit ou de fait suivant la volonté des juges à opérer plus ou moins de contrôle. Il nous semble que, pour sortir de ce problème, la notion de « qualification juridique des faits » devrait être prise en exemple. Elle permet de poser deux questions différentes et distinctes : d'une part, celle de la nature de la question ; d'autre part celle de l'intensité du contrôle opéré. L'expression « question de l'application » pourrait jouer le même rôle en droit administratif anglais : il faudrait seulement en reconnaître l'existence à part entière, comme notion juridique. Cela reviendrait à ne plus revenir à cette interrogation : est-ce une question de droit ou une question de fait ? La réponse est : c'est autre chose. En cela, on ne peut qu'être d'accord avec Lord Denning lorsqu'il affirme qu'essayer de distinguer ici, entre questions de droit et questions de fait, relève d'une certaine scolastique[4365]. Partir d'un postulat différent permettrait de se débarrasser des problèmes quant aux conséquences de la qualification même, tant sur l'ouverture du contrôle que sur son intensité. Il reviendrait ensuite aux juges de déterminer s'ils peuvent contrôler la « question de l'application » ; puis, dans l'affirmative, avec quelle intensité l'appréciation de l'autorité doit être évaluée.

À ce stade, il faut quelque peu tempérer les propos tenus au début de ce développement. La recherche en doctrine d'une utilisation accrue de la déférence sur les questions de droit ne semble pas, dans tous les cas, être porteuse d'une volonté de diminuer le contrôle des juges. Il est indéniable qu'elle reflète la prise en compte des limites des juges. Mais, elle exprime aussi une volonté de

4364. ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., *op. cit.*, p. 355.
4365. *Re Racal Communications, Ltd* [1981] AC 374, pp. 374-375.

mieux appréhender le contrôle véritablement exercé et de se débarrasser d'une distinction trop manichéenne, conceptuelle et peu opératoire entre les questions de droit et les questions de fait. Parler de déférence sur les questions de droit revient en France à s'intéresser au degré de contrôle sur la qualification juridique des faits. La tendance doctrinale à développer ce thème de recherche reflète la recherche de cet outil conceptuel, tout autant qu'elle met en lumière les limites techniques au contrôle des juges.

b. La variation de l'intensité : la question du choix entre contrôle du caractère raisonnable et proportionnalité

Le développement du contrôle de proportionnalité n'a pas encore atteint son point maximum possible. Il reste cantonné, dans la plupart des cas, aux affaires réglées sous l'empire du *Human Rights Act*, et dans certaines affaires engageant les droits de *common law*. Pour le reste, le contrôle du caractère déraisonnable reste de mise. Ces deux méthodes de contrôle entretiennent ainsi des rapports ambigus, entre cohabitation et opposition (*α.*). Les difficultés en jurisprudence et en doctrine à promouvoir une généralisation véritable du contrôle de proportionnalité viennent de sa mauvaise conceptualisation (*γ.*). S'il tend à s'étendre, notamment dans le cadre des attentes légitimes substantielles, il reste empreint de cette idée, erronée, qu'il est un degré maximum de contrôle. Or, comme le montrent plusieurs jurisprudences, son intensité peut, comme en France, varier suivant le contexte des affaires (*β.*).

α. Les relations ambiguës entre les deux outils de contrôle

Le contrôle du caractère déraisonnable et le contrôle de proportionnalité cohabitent encore dans l'ordre juridique anglais. Ils ne sont pour autant pas systématiquement mis en opposition. En effet, l'intensification du contrôle du caractère déraisonnable a permis de diminuer l'écart initial avec un contrôle de proportionnalité. Suivant les conditions d'une affaire, ses éléments constitutifs, ou encore l'aspect de la décision contrôlé, les juges pourront préférer le premier au second, ou inversement. Le contrôle du caractère raisonnable apparaît alors comme un seuil minimum du contrôle de proportionnalité, équivalant au contrôle de la disproportion manifeste en France[4366] ;

4366. Ce, d'autant plus, que le « contrôle plus poussé » permet un niveau d'intervention juridictionnelle proche du contrôle de proportionnalité : *Pham v. Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19, [115] – [117] (Lord Reed).
Voir : WALKER (P.), « Unreasonableness and Proportionality », pp. 169-232 in *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, *op. cit*.

ainsi, même dans les affaires concernant la protection des droits, les juges doivent parfois se limiter à celui-ci lorsque sont en cause des « jugements prédictifs ou évaluatifs, notamment lorsqu'ils sont de nature politique »[4367]. L'argument de la déférence peut ainsi conduire à préférer le premier au détriment du second. Pourtant, dans certains cas, la logique est inverse. Les juges, semblant user d'un contrôle poussé du caractère déraisonnable de la décision, pourront pousser plus loin leur appréciation, et censurer une décision, là où leurs collègues, employant un contrôle de proportionnalité, l'estiment légale.

Tel est le cas dans l'affaire *Keyu*, à propos du refus de mener une enquête publique sur la mort de Malaisiens suite à une intervention de militaires britanniques en 1948. La Convention européenne ne s'applique pas, du fait de la temporalité des faits. Pour autant, et puisque le sujet est sensible, certains juges acceptent de confronter la décision au contrôle de proportionnalité. Lord Neuberger, rendant le jugement majoritaire, considère que les raisons avancées par le ministre sont suffisantes pour justifier ce refus. La décision n'est pas disproportionnée selon lui[4368]. À l'inverse, Lady Hale considère le refus comme ne faisant pas partie des décisions raisonnables que le ministre pouvait prendre. De façon très synthétique, elle met en cause le champ trop restreint des éléments pris en compte ; le poids de certains d'entre eux est mal évalué, conduisant à minorer ceux allant dans le sens de l'ouverture d'une enquête ; et enfin, la mise en balance n'a pas été correctement effectuée[4369]. En quelques développements elle pose avec une particulière précision la réflexion qu'aurait dû conduire le ministre, et en conclut que, n'ayant pas adopté une telle approche, sa décision n'est pas raisonnable. Ce jugement illustre avec une particulière netteté qu'en droit anglais, il ne suffit pas de faire entrer une affaire dans tel ou tel cas d'ouverture pour déterminer le niveau de contrôle souhaité. La proximité de certains outils de contrôle, comme la proportionnalité et le

4367. Voir en ce sens le jugement de Lord Sumption dans l'affaire *R. (on the application of Carlile of Berriew QC) v. Secretary of State for the Home Department* ([2014] UKSC 60, [32]).
Voir également le jugement de Laws LJ dans *Miranda v. Secretary of State for the Home Department* ([2014] EWHC 255, [40]) : la mise en balance entre un droit et l'intérêt public n'est pas très différente « d'une question politique relevant d'un organe élu ».
Plus récemment encore, il a été affirmé que déterminer s'il existe un « risque clair » que les armes vendues par le Gouvernement britannique à l'Arabie Saoudite seront utilisées en violation du droit international humanitaire constitue un jugement prédictif : *R. (on the application of Campaign against Arms Trade) v. The Secretary of State for International Trade* ([2017] EWHC 1754, [57] (Lord Justice Burnett et Mr Justice Haddon-Cave)).
Dans les affaires ne portant pas sur les droits, le contrôle du caractère déraisonnable sera encore plus facilement admis : THOMAS (D.), « How Irrational Does Irrational Have To Be ?: *Wednesbury* in Public Interest, Non-Human Rights Cases », *JR* 2008, pp. 258-266.
4368. *R. (on the application of Keyu) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2015] UKSC 69, [131] – [140].
Sur cette affaire : BAMFORTH (N.) et HOYANO (L.), « ECHR and common law accountability of states for past atrocities », *op. cit*.
Sur les cas dans lesquels le contrôle du caractère déraisonnable semble aller plus loin : WILLIAMS (R.), « Structuring substantive review », *op. cit.*, pp. 105-109.
4369. *ibid*., [309] – [313].

contrôle du caractère déraisonnable, rend difficile toute systématisation claire. Le contrôle de Lady Hale dans l'affaire *Keyu* constitue une mise en balance sur le modèle de la proportionnalité *stricto sensu*. Malgré le vocabulaire employé, il s'agit bien, en fait, d'une forme de contrôle de proportionnalité. Mais, se sentant plus à l'aise et légitimes avec une méthode ancienne de contrôle comme celle issue de la jurisprudence *Wednesbury*, les juges n'hésitent pas à s'y référer afin d'aller plus loin que par le biais de la proportionnalité. Il est d'ailleurs assez révélateur de noter que Lord Kerr, utilisant un contrôle de proportionnalité dans cette affaire, considère les valeurs mises en balance dans la décision comme étant « incommensurables »[4370]. Cette appréciation est très éloignée de celle de Lady Hale.

Le contrôle du caractère déraisonnable reste le marqueur d'une approche restreinte des juges. Il a été jugé que lorsqu'il y a une discrimination opérée dans l'octroi de prestations sociales, elles ne sont déclarées illégales que si elles ne reposent « manifestement sur aucun fondement raisonnable », et ce, même si les articles 8 et 14 de la Convention européenne sont appliqués[4371]. Les juges rappellent ainsi que le domaine économique et social relève en premier lieu de la compétence des autorités nationales[4372]. Une telle restriction évite que les décisions ne soient attaquées, et remises en cause « pour des questions de détails »[4373]. De même, dans le domaine médical, l'autorité de santé refusant un traitement au motif qu'il n'est pas « efficace médicalement » dispose d'un large pouvoir discrétionnaire, notamment elle doit opérer une balance des coûts et des avantages pour prendre sa décision. Le juge accepte de ne contrôler la décision qu'au regard de son caractère déraisonnable, avéré en l'espèce[4374].

4370. *R. (on the application of Keyu) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2015] UKSC 69, [283].
Le terme « incommensurable » (*incommensurability*) renvoie à l'impossibilité d'évaluer deux éléments avec une même « mesure commune » et de les comparer pour faire ressortir la supériorité de l'une sur l'autre. Pour une définition : LEGRAND (P.), « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », pp. 209-244, voir pp. 201-211 in *Comparer les droits, résolument*, sous la dir. de P. Legrand, PUF, France, 2009.
Pour une étude critique de cette notion, en ce qu'elle est utilisée pour mettre en lumière l'incapacité des juges à opérer la mise en balance des éléments d'une affaire : RIVERS (J.), « Proportionality and varibale Intensity of review », *CLJ* 2006, pp. 174-207, p. 201 ; CRAIG (P.), « The Nature of Reasonableness Review », *op. cit.*, pp. 19-27 ; ELLIOTT (M.), « Proportionality and deference : the Importance of a structured approach », Legal Studies Research Paper Series, Septembre 2013, 18 pages, p. 16.
4371. *R. (on the application of Carmichael and others) v. Secretary of State for Work Pensions* [2016] UKSC 58, [36] (Lord Toulson). Dans cette affaire, les requérants bénéficiaient de logements sociaux. Le ministre souhaitait leur faire payer une taxe (*bedroom tax*) au motif que leurs logements respectifs comportaient plus de chambres que nécessaire, au regard du nombre de personnes y vivant. Une exception notamment existait lorsqu'un enfant ne pouvait pas partager la chambre de ses parents (exception rajoutée en 2006 suite à un jugement). Toutefois, certains des requérants avaient des handicaps, rendant nécessaire la possession d'une chambre supplémentaire. La Cour Suprême donne ainsi raison à une femme dont le handicap ne lui permet pas de dormir avec son mari, et à une mère dont l'enfant à besoin d'une surveillance nocturne particulière. Les juges notent que dans ces deux cas, il n'y a aucune raison de leur refuser l'exception introduite en 2006.
4372. [32].
4373. [36].
4374. *R. (on the application of SB) v. NHS England* [2017] EWHC 2000, [67] (Andrews J). Le juge relève en effet que

Mais, les deux contrôles peuvent être utilisés de façon complémentaire par les juges pour contrôler la légalité d'un acte dans ses effets et dans ses éléments constitutifs. Dans la récente affaire *Lebanon*, le contrôle des actes réglementaires régulant la possibilité pour un immigré de faire venir sa femme au Royaume-Uni en posant une condition de ressource, se fait en trois temps : d'une part, l'acte de portée générale n'est pas disproportionné, au regard des quatre étapes classiques composant ce contrôle ; d'autre part, la définition particulièrement restrictive de ce que constituent des « ressources », limitées en fait au salaire, n'est pas déraisonnable, au sens qu'a ce terme en *common law* ; toutefois, l'application de ces règlements aux demandes d'espèce pourrait conduire à des décisions disproportionnées, au regard de l'article 8 de la Convention européenne, rendant possible, voire nécessaire, pour l'autorité compétente de prendre en compte d'autres types de ressources[4375]. Deux éléments ressortent ici : une disjonction dans l'utilisation du contrôle de proportionnalité entre l'évaluation de l'acte de portée générale (non disproportionné) et ses effets lors de son application (possiblement disproportionnés), de façon similaire à l'arrêt *Gonzalez-Gomez*[4376] ; une utilisation du contrôle du caractère déraisonnable pour contrôler un des éléments constitutifs du mécanisme évalué, et dont la validité est affirmée pour être dans le même temps tempéré par l'évaluation concrète des effets de ce même mécanisme.

Toute la problématique de la distinction entre contrôle de proportionnalité et contrôle du caractère déraisonnable réside dans la conception que se font les juristes anglais de chacun de ces deux éléments. Dans la plupart des cas, les juges font de la proportionnalité d'une mesure une question de droit, relevant ainsi d'un contrôle poussé. Il y a ainsi une confusion opérée entre le mécanisme et son intensité. Dès lors, puisque par nature, et malgré ses évolutions, le contrôle du caractère déraisonnable reflète une distanciation entre l'évaluation du juge et la décision de l'administration, il se présente irrémédiablement comme un outil limité et déférent de contrôle. Le débat sur le degré de contrôle se joue alors principalement sur le choix entre l'un ou de l'autre de ses mécanismes de contrôle.

Si cette confusion est regrettable, elle est également critiquée par certains auteurs. Parmi eux, deux courants peuvent être identifiés. Pour les premiers, le contrôle du caractère déraisonnable pose une autre question que le contrôle de proportionnalité et peut conduire à la censure d'erreur échappant à ce dernier[4377]. Leur objectif est ainsi de limiter l'usage du contrôle de proportionnalité,

tous les éléments de preuve contredisent la conclusion de l'autorité de santé considérant le traitement comme inefficace. ([59] et [65]).

4375. *R. (on the application of Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department* [2017] UKSC 10.

4376. Voir sur cette affaire, *supra* : Partie II, Titre I, Chapitre I, Section IV, I, B.

4377. Voir en général : *The Scope and Intensity of Substantitve Review. Traversing Taggart's Rainbow*, sous la dir. de H. Wilberg et M. Elliott, Hart Publishing, Oxford, 2015.

afin de mettre en avant un outil issu de la *common law*. Le contrôle de proportionnalité doit alors avant tout se limiter à la protection des droits, au risque sinon d'étendre trop drastiquement les pouvoirs des juges[4378]. Pour d'autres, en revanche, son utilisation peut être généralisée et il peut se substituer au contrôle du caractère déraisonnable, au motif notamment qu'il peut varier en intensité[4379]. Dans ce cas, la distinction entre l'outil de contrôle et son intensité permet de justifier son extension, tout en la conciliant avec les nécessités de restriction issues des considérations liées à la déférence. Souvent d'ailleurs en doctrine, l'appel à une reconnaissance explicite d'un contrôle de proportionnalité, structuré par des étapes clairement établies, se couple avec la volonté d'y appliquer une doctrine tout aussi explicite de la déférence[4380]. Tout comme en France, cette dernière solution doit être privilégiée.

β. Les cas d'application d'un contrôle de proportionnalité d'intensité faible

Le contrôle de proportionnalité est, quant à lui, privilégié lorsqu'est invoqué le *Human Rights Act*. Mais, même dans ce cas, l'appréciation des juges dépendra en partie de la façon dont l'autorité décisionnaire s'est penchée sur la question : plus la prise de décision aura été rigoureuse, et riche en prise d'informations, moins les juges seront enclins à la censurer pour une erreur[4381]. De

BOYRON (S.), « Proportionality on English Administrative Law : A Faulty Translation ? », *OJLS* 1992, pp. 237-264 ; SALES (P.), « Rationality, proportionality and the development of the law », *LQR* 2013, pp. 223-241 ; ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law*, 5e éd., *op. cit.*, pp. 304-314 ; WILLIAMS (R.), « Structuring substantitve review », *PL* 2017, pp. 99-123.

En particulier, dans l'affaire *Keyu*, seule Lady Hale utilise un contrôle du caractère déraisonnable. Néanmoins, son jugement met en balance de façon assez poussée les éléments de l'affaire, démontrant qu'elle se montre plus rigoureuse envers la décision en cause que les autres Lords usant d'un contrôle de proportionnalité. Voir : BAMFORTH (N.) et HOYANO (N.), « ECHR and common law accountability of state for past atrocities », *LQR* 2016, pp. 357-363.

4378. En particulier voir : VARUHAS (J.NE.), « The reformation of English administrative Law ? « Rights », rhetoric and reality », *CLJ* 2013, pp. 369-413 ; « Against Unification », pp. 91-131 in *The Scope and Intensity of Substantitve Review. Traversing Taggart's Rainbow*, sous la dir. de H. Wilberg et M. Elliott, *op. cit*.

Voir également les quatre articles de Ian Turner portant sur la *judicial review* et le contrôle du caractère déraisonnable : « Judicial Review, Irrationality and the Review of Merits », *Nottingham Law Journal* vol. 15(2) 2006, pp. 37-50 ; « Judicial review, Irrationality, and the Legitimacy of Merits-Review », *Liverpool Law Review* 2008, pp. 309-333 ; « Irrationality, the Human Rights Act and the Limits of Merits-Review », *Nottingham Law Journal* vol 18 (1) 2009, pp. 18-36 ; « Judicial Review, Irrationality and the Limits of Intervention by the Courts », *King's Law Journal* 2010, pp. 311-331.

4379. CRAIG (P.), « Unreasonableness and Proportionality in UK Law », pp. 85-106 et FELDMAN (M.), « Proportionality and the Human Rights Act 1998 », pp. 117-144 in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, sous la dir. de E. Ellis, Hart Publishing, Oxford, 1999 ; TAGGART (M.), « Reinventing Administratif Law », pp. 311-335 in *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, sous la dir. de N. Bamforth et P. Leyland, *op. cit.* ; KAVANAGH (A.), « Reasoning about proportionality under the Human Rights Act 1998 : outcomes, substance and process », *LQR* 2014, pp. 235-258 ; CRAIG (P.), « The Nature of Reasonableness Review », *Legal Research Paper Series* 2013, 37 pages ; *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 656-668 ; CLAYTON (R.) et GHALY (K.), « Shifting Standards of Review », *JR* 2007, pp. 210-218.

4380. RIVERS (J.), « Proportionality and Variable Intensity of Review », *CLJ* 2006, pp. 174-207 ; ELLIOTT (M.), « Proportionality and deference : the Importance of a structured approach », *Legal Studies Research Paper Series*, Septembre 2013, 18 pages.

4381. Voir les développements sur les affaires *Begum* et *Miss Behavin'*, *supra* : Partie II, Titre II, Chapitre II, Section II, II, B, 1, a, β.

même, la déférence, notion qui s'est essentiellement forgée en réaction au développement du contrôle des juges, joue toujours dans certains domaines relevant en premier lieu du pouvoir discrétionnaire et de l'expertise des autorités locales[4382].

Il en va de même dans les mesures d'éloignement prises contre les étrangers ayant une famille au Royaume-Uni mais qui ont été condamnés pour un crime : les juges laissent une large marge de pouvoir discrétionnaire au ministre pour décider si la mesure permet de remplir l'objectif de garantie de l'ordre public, et veillent à ce que la mise en balance entre le respect du droit à une famille normale et la protection de l'ordre ne soit pas déraisonnable[4383]. Il s'agit bien ici d'un contrôle de proportionnalité, plus poussé que le contrôle du seul caractère raisonnable, mais mâtiné de déférence. Cette dernière entre en jeu du fait de l'expertise particulière du ministre dans le domaine concerné. Récemment, la Cour Suprême a considéré que le mécanisme législatif d'expulsion automatique d'un étranger ayant été condamné pour une infraction grave (plus de douze mois de prison) ne rend pas impossible la censure de la décision du ministre prenant une telle mesure ; toutefois, puisqu'il agit en vertu d'une obligation législative, les juges doivent donner un poids particulièrement important à la décision, car elle découle de la volonté du Parlement et de l'expertise du ministre qui a proposé le mécanisme[4384]. Ainsi, l'intérêt public que vise à garantir la décision pourra être contrebalancé uniquement par des considérations impérieuses rendant nécessaire le maintien de l'individu sur le territoire britannique. Le contrôle de proportionnalité s'applique, mais est de peu d'utilité, à cause de la mise en jeu de la déférence. La décision d'expulser le requérant, pourtant père de deux enfants et considéré comme peu sujet à récidiver, est maintenue.

Dans le domaine des mesures de police, la Cour Suprême a récemment affirmé que l'application de l'article 5 de la Convention européenne ne devait pas conduire à rendre inefficace l'action des forces de police[4385]. Il faut mettre en balance la protection de la liberté des individus avec la nécessité d'assurer une action de police efficace[4386]. Dès lors, est légale la mise en détention

4382. PALMER (E.), *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, Hart Publishing 2009, ré-impression de 2007, 345 pages, notamment 165-196.
4383. *R. (on the application of Samaroo) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] EWCA Civ 1139 : l'expulsion décidée contre un étranger ayant une femme et un enfant, au motif qu'il a été condamné pour trafic de drogue, est proportionnée.
4384. *Ali v. Secretary of State for the Home Department* [2016] UKSC 60, [45] – [50] (Lord Reed) ; [69] (Lord Wilson). Pour un jugement similaire à propos de la réglementation visant à n'accorder un droit de séjour à un immigré qui est entré légalement sur le territoire, mais y est resté après l'expiration du temps qui lui était accordé : *R. (on the application of Agyarko) v. Secretary of State for the Home Department* [2017] UKSC 11, [47] (Lord Reed). Les juges doivent faire preuve de déférence quant à l'importance accordée à chaque élément mis en balance par le ministre, car il est en responsable devant le Parlement. La Cour Suprême a réaffirmé la pertinence de son jugement dans l'affaire *Ali* ([54] – [60] (Lord Reed)).
4385. *R. (on the application of Hicks and others) v. Commissioner of Police for the Metropolis* [2014] UKSC 9.
4386. [29] (Lord Toulson).

pour quelques heures de personnes se trouvant aux alentours du mariage du Duc et de la Duchesse de Cambridge, au motif que les forces de police pouvaient raisonnablement penser qu'une telle mesure était nécessaire pour prévenir un trouble à l'ordre public. La mesure est ainsi « prise de bonne foi et est proportionnée », et décider autrement aurait « pour conséquence de sérieusement entraver la capacité [des forces de police] à remplir la difficile mission de maintien de l'ordre et de la sécurité lors d'événements publics de grande envergure »[4387]. Là encore, la prise en compte des nécessités de l'action administrative conduit à donner un poids particulier à la décision. Il en va de même de la décision d'une Université de refuser la tenue d'une conférence au motif qu'elle n'a pas les moyens matériels pour assurer la sécurité. Elle est la mieux placée pour évaluer les risques, et son point de vue doit être respecté par les juges qui ne peuvent se substituer à elle[4388]. Par corollaire, les décisions prises en matière de défense, et relatives aux relations internationales, sont soumises à un contrôle du caractère déraisonnable : tel a été le cas récemment à propos de la question de savoir s'il existait un « risque clair » que les armes vendues par le Gouvernement britannique à l'Arabie Saoudite soient utilisées en violation du droit international humanitaire[4389]. Cette appréciation nécessite un jugement prédictif, pour lequel l'exécutif est le mieux placé, car il dispose tant de l'expertise que des informations nécessaires (déférence institutionnelle) et, car il est l'autorité responsable et compétente en ce domaine (déférence constitutionnelle).

Ces exemples mettent en évidence que la différence entre le contrôle de proportionnalité et le contrôle du caractère déraisonnable n'est pas toujours facilement perceptible. Le jeu de la déférence, dans les domaines sensibles, rend plus fragile le contrôle de proportionnalité. Un tel constat renforce l'impression que sur le fond, que la mesure soit contrôlée par l'une ou l'autre des méthodes, le résultat n'est pas radicalement différent[4390]. Ce qui compte, en premier lieu, c'est l'intensité du regard porté par les juges.

γ. Le débat sur l'introduction d'un contrôle de proportionnalité dans le cadre des attentes légitimes substantielles

Le débat prend une ampleur particulière dans le champ des attentes légitimes. Nées d'un

4387. [31] (Lord Toulson).
4388. *R. (on the application of Ben-Dor) v. The University of Southampton* [2016] EWHC 953, [62] et [68] (Whipple J).
4389. *R. (on the application of Campaign against Arms Trade) v. The Secretary of State for International Trade* [2017] EWHC 1754.
4390. Nous avons vu que cet argument avait été utilisé dans l'affaire *Daly* pour minimiser l'introduction du contrôle de proportionnalité en droit anglais. Il a récemment été repris par Lord Carnwath dans sa décision sur l'affaire *R. (on the application of Youssef) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* ([2016] UKSC 3, notamment [57] : le Lord y affirme que, dans le domaine de la sécurité nationale, les deux contrôles ne sont pas très différents eu égard au niveau important de déférence).

comportement, d'une promesse ou d'une ligne de conduite, elles permettent une certaine protection de l'individu contre les changements intempestifs de comportement de l'administration ; toutefois, cette dernière n'est pas irrémédiablement liée notamment, car elle peut invoquer un motif d'intérêt général pour ne pas avoir à les respecter. La possibilité ainsi ouverte à l'autorité décisionnaire doit faire l'objet d'un contrôle dont l'intensité est fluctuante et incertaine.

L'affaire *Coughlan* a eu un grand retentissement en droit public anglais[4391]. Dans sa décision, la Cour d'Appel a reconnu pour la première fois de façon claire et certaine, la possibilité que soit constituée au profit des individus une attente légitime substantielle. Dans un tel cas, ceux-ci peuvent se voir reconnaître un véritable droit à une décision en particulier. L'affaire *Coughlan* en est un exemple : la requérante avait été gravement blessée lors d'un accident de voiture et devait être prise en charge de façon permanente par un hôpital. Elle est ensuite transférée, avec d'autres patients, dans des résidences plus modernes. L'autorité de santé leur promet alors qu'ils auront droit à ces habitations à vie. Quelques années plus tard, la décision est prise de fermer ces résidences et de transférer les patients ailleurs. La requérante invoque la violation de la promesse qui avait été faite. Lord Woolf distingue trois situations différentes : dans la première, déjà envisagée, une autorité souhaite uniquement changer de ligne de conduite, et doit dans ce cas seulement prendre en compte l'ancienne ; dans la deuxième, la promesse ou le comportement de l'autorité a induit une attente légitime d'ordre procédural, ne pouvant être remise en cause que par un intérêt public impérieux ; enfin, dans la troisième situation, la promesse a fait naître une attente légitime substantielle, ne pouvant également être remise en cause que par un intérêt public impérieux[4392]. L'intérêt de cette triple catégorisation, pour ce qui nous intéresse, est qu'elle illustre un dégradé dans l'intensité du contrôle des juges, difficile à bien systématiser pour la doctrine[4393].

Pour ce qui est de la première situation, le terme d'attente légitime ne trouve pas à s'appliquer[4394]. Il est uniquement question, pour l'autorité publique, de prendre en compte une considération pertinente et de lui accorder l'importance nécessaire dans sa prise de décision. Dans ce domaine, et comme le reconnaît explicitement Lord Woolf, les juges se limitent à un contrôle du

4391. *R. v. North and East Devon HA, ex p. Coughlan* [2001] QB 213.
CRAIG (P.) et SCHONBERG (S.), « Substantive legitimate expectations », *PL* 2000, pp. 684-701 ; GROVES (M) et WEEKS (G.), « The Legitimacy of Expectations About Fairness : Can Process and Substance be Untangled ? », pp. 165-187, notamment pp. 179-184 in *Public Law Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, sous la dir. J. Bell et al., *op. cit.* ; ELLIOTT (M.), « From Herexy to Orthodoxy : Substantive Legitimate Expectations in English Public Law », pp. 217-243 in *Legitimate Expectations in the Common Law World*, sous la dir. de M. Groves et G. Weeks, *op. cit*.
4392. [57].
4393. Pour un tel constat : HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *Law and Administration*, 3e éd., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 827 pages, pp. 222-232.
4394. VARUHAS (J.NE), « In Search of a Doctrine : Mapping the Law of Legitimate Expectations », pp. 17-52 in *Legitimate Expectations in the Common Law World*, sous la dir. de M. Groves et G. Weeks, *op. cit*.

caractère déraisonnable. En effet, si la détermination de ce qu'est une considération pertinente ou non relève d'une question de droit, et donc d'un contrôle entier, ce n'est pas le cas pour l'évaluation du poids à leur accorder dans la prise de décision de l'administration. Cette dernière dispose ici d'un pouvoir discrétionnaire que les juges doivent préserver, mais également superviser, en ne censurant que les décisions déraisonnables[4395].

Dans le cadre des attentes légitimes d'ordre procédural, en revanche, le contrôle des juges est « entier »[4396]. Il leur revient d'évaluer « la pertinence des motifs avancés » par l'autorité décisionnaire pour se délier de cette contrainte[4397]. Deux arguments justifient ce contrôle particulièrement intense : d'une part, les juges ont une expertise particulièrement forte dans le domaine procédural et, d'autre part, imposer une contrainte de cette nature ne remet pas en cause le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative. Il n'y a pas d'empiétement sur la substance de la décision, donc il n'y a ni question de déférence, ni problème de contrôle des *merits*. Cependant, le respect d'une attente légitime procédurale dépend du contexte. Dans l'affaire *GCHQ*, déjà mentionnée, la décision du ministre d'interdire les syndicats au sein des services de renseignements britanniques avait été prise sans consultation. Pour Lord Fraser, puisque la décision a été prise sur un motif de sécurité nationale, les requérants ne pouvaient jouir d'une attente légitime ; il note explicitement qu'en dehors d'une telle hypothèse, ils auraient dû être entendus[4398]. De même, le niveau de garantie procédural permis par la reconnaissance de l'attente légitime pourra varier selon le contexte, à l'instar des règles de *natural justice*.

Enfin, la dernière hypothèse est la plus controversée. À l'inverse de la situation précédente, la reconnaissance d'une attente légitime substantielle peut conduire à imposer une décision au fond à l'administration, en reconnaissant un véritable droit à l'individu. Il y a un risque que la *judicial review* ne se transforme en un procédé remplaçant la décision administrative. Les juges doivent faire preuve de beaucoup de vigilance. On en retrouve déjà la marque dans l'identification d'une

4395. *Pickwell v. Cambden London Borough Council* [1983] QB 962, p. 990 (Forbes J) : lorsqu'une cour contrôle une décision, elle « n'a pas à déterminer si l'importance accordée aux éléments pertinents est correcte : le poids qui leur est affecté relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité ; la cour ne peut pas plus substituer son propre point de vue quant à l'importance des considérations que dans d'autres questions pour lesquelles s'exerce un pouvoir discrétionnaire ».
Pour un tel cas de censure, ayant eu un certain retentissement médiatique : *R. v. Lord Saville of Newdigate, ex p. B (No. 2)* [2000] 1 WLR 1855. Un tribunal avait été créé pour enquêter sur les événements du *Bloody Sunday*. Le tribunal avait décidé de ne pas rendre anonyme les témoignages des soldats ayant admis avoir tiré, ou étant suspectés d'avoir tiré. La Cour d'Appel considère que cette décision ne se fonde pas sur une prise en compte suffisante du droit à la vie des individus, qui risquent des représailles. Elle est jugée déraisonnable après un contrôle « plus poussé ». Pour une critique de cette affaire, notamment en ce que le jugement étant intervenu dans un domaine polycentrique, et sur un organe spécialement créé pour l'occasion, le contrôle aurait dû être plus faible : HADFIELD (B.), « R. v. Lord Saville of Newdigate, ex p. anonymous soldiers : what it (sic) the purpose of a tribunal of inquiry ? », *PL* 1999, pp. 663-681 ; BLOM-COOPER (L.), « Tribunals under inquiry », *PL* 2000, pp. 1-2.
4396. Lord Woolf parle de « full review » : [62].
4397. [57].
4398. *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, pp. 400-403.

telle attente légitime. Les conditions sont particulièrement restrictives : il faut une promesse qui soit claire et non-ambigüe, légale, et qui ne concerne que certaines personnes ou un groupe clairement identifié et donc numériquement restreint. Les juges sont peu enclins à reconnaître trop facilement une attente substantielle[4399]. Leur utilité est ainsi plus que limitée. Cette conclusion doit être mise en lien avec l'effet potentiellement dévastateur que peut avoir une telle attente sur la liberté de l'administration. Ainsi, si l'attente que cherche à prouver le requérant réside « profondément dans le domaine macro-politique », alors les juges refuseront à coup sûr de lui donner raison[4400]. Contre ce constat, certains auteurs appellent d'ailleurs à une certaine extension en militant pour une reconnaissance limitée des attentes légitimes même lorsqu'elles sont issues d'un comportement illégal de l'administration[4401]. Les juges ne semblent pourtant pas encore prêts à admettre qu'une illégalité soit constitutive d'un droit opposable à l'administration ; le respect du droit l'emporte sur la reconnaissance des droits. Lorsqu'elle est issue d'un comportement légal, l'attente légitime substantielle peut être remise en cause par un motif d'intérêt général impérieux. Dans ce cas, il appartient aux juges, selon Lord Woolf, de mettre en balance l'un et l'autre, afin de garantir la capacité de l'administration à évoluer tout en protégeant l'individu[4402]. La question qui se pose alors est celle de l'intensité du contrôle à opérer. Toutefois, elle n'est pas clairement résolue dans le jugement du Lord, même si le contrôle apparaît particulièrement intrusif. Il affirme qu'il revient aux cours d'évaluer l'importance de l'intérêt public et de vérifier s'il permet de justifier le non-respect de la promesse ; en l'espèce, tel n'est pas le cas[4403]. Afin de tempérer les effets de la violation d'une attente légitime substantielle, les juges vont parfois, comme dans l'affaire *Bibi*, non pas en rendre obligatoire l'exécution, mais plutôt prévoir une protection procédurale pour l'individu lésé[4404]. Une

4399. THOMAS (R.), « Legitimate Expectations and the Separation of Powers in English and Welsh Administrative Law », pp. 53-77, voir pp. 61-64 in *Legitimate Expectations in the Common Law World*, sous la dir. de M. Groves et G. Weeks, *op. cit*.

4400. *R. (on the application of Wheeler) v. Office of the Prime Minister* [2008] EWHC 1409 : refus que soit reconnue comme une attente légitime la promesse de faire un référendum sur la ratification du Traité de Lisbonne formulée durant les débats parlementaires.

Voir : KNIGHT (C.S.), « Expectations in transition : recent developments in legitimate expectations », *PL* 2009, pp. 15-24 ; VARUHAS (J.N.E), « In Search of a Doctrine : Mapping the Law of Legitimate Expectations », voir p. 48 in *Legitimate Expectations in the Common Law World*, sous la dir. de M. Groves et G. Weeks, *op. cit*.

4401. VANDERMAN (Y.), « Ultra Vires Legitimate Expectations : An Argument for Compensation », *PL* 2012, pp. 85-104 ; CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., *op. cit*., 694-708 ;

4402. [57] et [70].

4403. [89].

4404. *R. (on the application Bibi) v. Newham LBC (No. 1)* [2001] EWCA Civ 607 : une autorité locale avait promis un logement à une famille, pensant qu'elle en avait l'obligation légale. En apprenant que tel n'était pas le cas, elle refuse de respecter sa promesse. Les juges considèrent qu'il y a ici une attente légitime substantielle qui est naît. Toutefois, l'autorité locale n'a pas l'obligation de fournir un logement en l'espèce, mais doit prendre sa promesse en compte dans sa décision d'attribution. Le refus d'obliger à son exécution concrète résulte d'une prise en compte des limites matérielles de l'autorité locale, notamment au regard du nombre de logements et de demandes. La réalisation concrète de l'attente conduirait à nuire à une autre famille attendant elle aussi un logement. Si l'autorité locale refuse la demande des requérants, elle devra motiver sa décision de façon importante. Les contraintes découlant du non-respect de l'attente légitime substantielle sont dans ce cas d'ordre formel

telle solution permet de ménager la liberté de l'administration, tout en octroyant une certaine protection au requérant.

Les jurisprudences postérieures à l'affaire *Coughlan* ont apporté des précisions importantes quant au contrôle utilisé par les juges pour décider de la légalité du non-respect d'une attente légitime substantielle. En ce domaine, il semble que le contrôle de proportionnalité soit de plus en plus explicitement admis[4405]. Dans l'affaire *Nadarajah*, Laws LJ relève que la nécessité de faire respecter sa promesse par l'administration « serait diminuée si le droit ne permettait pas qu'un refus ou qu'une carence dans son exécution soit objectivement considérée comme une mesure proportionnée au regard des circonstances »[4406]. L'intérêt d'une telle approche est de mettre en corrélation l'importance de l'attente légitime en cause avec l'importance de l'intérêt général invoqué par l'administration, au regard du contexte[4407].

Le poids à accorder à une telle attente dans un cas peut différer d'une autre, notamment eu égard aux conditions dans lesquelles elles sont identifiées, mais également du domaine concerné[4408]. Ainsi, dans un domaine politique ou polycentrique, l'attente légitime aura un poids relativement faible, et le contrôle du juge sera diminué ; à l'inverse, si l'individu est personnellement affecté, les juges n'hésiteront pas à aller plus loin. Par exemple, plus la promesse de l'administration est précise, importante, personnalisée, et plus elle a conduit l'individu à adapter son comportement au regard de celle-ci, plus l'intérêt général à invoquer pour s'en délier devra être fort. Le rejet d'une demande de démission d'un agent de police remet en cause l'attente légitime substantielle qui était née de la position de son supérieur hiérarchique lui ayant clairement, et sans ambiguïté, signifié qu'il ne s'y opposerait pas. Toutefois, ce refus est justifié par un intérêt public supérieur, puisqu'en évitant la démission, le supérieur hiérarchique peut suspendre l'agent, dont le comportement lors d'une

4405. En général sur ce sujet : BOUGHEY (J.), « Proportionality and Legitimate Expectations », pp. 121-146 in *Legitimate Expectations in the Common Law World*, *ibid*.

4406. *R. (on the application of Nadarajah) v. Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 1363, [68].

L'affirmation du juge se veut ici générale. Le principe de proportionnalité est censé jouer tant pour les attentes légitimes procédurales que substantielles. En réalité, il joue peu, voire pas du tout dans le premier cas, car l'administration invoque rarement un intérêt général pour s'en dégager. Sur ce point : BOUGHEY (J.), *ibid.*, pp. 121-126.

Sur l'affaire : ELLIOTT (M.), « Legitimate Expectations : Procedure, Substance and Proportionality », *MLR* 2006, pp. 254-256 ; « Legitimate Expectations and the Search for Principle : Reflections on *Abdi & Nadarajah* », *JR* 2006, pp. 281-288.

4407. Voir là aussi le jugement de Laws LJ dans l'affaire *R. (on the application of Niazi) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] EWCA Civ 755, [43] – [46].

Sur cette affaire voir : KNIGHT (C.S.), « Expectations in transition : recent developments in legitimate expectations », *op. cit*.

Pour une critique de l'introduction de la proportionnalité dans ce domaine : SALES (P.) et STEYN (K.), « Legitimate Expectations in Englis Public Law : An Analysis », *PL* 2004, pp. 564-593.

4408. Pour la défense d'un tel point de vue : ELLIOTT (M.) « Legitimate Expectations and the Search for Principle : Reflections on *Abdi & Nadarajah* », op. cit. ; DALY (P.), « A Pluralist Account of Deference and Legitimate Expectations », pp. 101-120 in *Legitimate Expectations in the Common Law World*, *ibid*.

opération fait l'objet d'une enquête disciplinaire[4409]. Il est donc reconnu qu'une « échelle » d'intensité existe, permettant l'adaptation du contrôle au contexte[4410]. Deux raisons justifient cette approche : plus la promesse est forte et personnalisée, plus l'attente de l'individu est également forte et doit être protégée ; de même, plus le champ de la promesse est restreint, plus l'impact sur l'activité administrative est matériellement faible, permettant une intrusion accrue des juges. Le contexte joue pleinement sur le contrôle, et sur le choix de l'intensité retenue. Ainsi, lorsque le Conseil des médecins assure à un étudiant que la formation qu'il compte suivre dans une université des Caraïbes sera bien reconnue au Royaume-Uni, il doit tenir sa promesse même s'il change par la suite de critères de reconnaissance des équivalences de diplômes ; la position du Conseil a fait naître pour l'étudiant, et pour lui seul, une attente légitime substantielle qui doit être respectée, notamment compte tenu des coûts et à de la durée de la formation qu'il a suivie ; malgré l'expertise du Conseil, aucun intérêt général ne justifie l'absence de mesures transitoires dans le changement de la ligne de conduite, constituant un préjudice important pour le requérant[4411]. À l'inverse, une promesse générale d'ordre purement politique constitue difficilement une attente légitime ; même si elle devait être identifiée, sa remise en cause ne serait jugée qu'avec un contrôle du caractère déraisonnable et non de proportionnalité[4412].

Il faut, dès lors, minimiser l'intérêt des attentes légitimes substantielles. Récemment, un auteur français a en effet pu prendre l'exemple du cas anglais comme argument visant à soutenir une telle innovation dans le contentieux de la légalité en France : selon lui, « cela permettrait de contraindre l'administration à respecter la parole donnée et de créer une alternative satisfaisante à la réparation pécuniaire des préjudices. Cela ouvrirait enfin résolument la voie à une extension des garanties du justiciable pour l'ensemble du contentieux administratif pour les promesses illégales faites par l'administration »[4413]. Cela conduirait alors à une subjectivisation du recours pour excès de pouvoir, car la conception d'attentes légitimes substantielles permettrait « de concilier la protection

4409. *R. (on the application of Birks) v. Commissioner of Police of the Metropolis* [2014] EWHC 3041, [34] – [48] (Justice Lang).
4410. Voir en ce sens l'affirmation de Laws LJ dans l'affaire *R. v. Secretary of State for Education and Employment, ex p. Begbie* [2000] 1 WLR 1115, pp. 1130-1131. Cette affirmation a été reprise avec approbation : *R. (on the application of Patel) v. General Medical Council* [2013] EWCA Civ 327, [61] (Lloyd Jones LJ).
ELLIOTT (M.), « From Herexy to Orthodoxy : Substantive Legitimate Expectations in English Public Law », *op. cit.* : l'auteur y défend l'idée d'une gradation de l'intensité du contrôle au regard d'un ensemble d'éléments de contexte.
4411. *R. (on the application of Patel) v. General Medical Council* [2013] EWCA Civ 327, [85] et [93] (Lloyd Jones LJ). Les juges font de plus en plus la promotion des mesures transitoires afin de tempérer les effets des changements de position de l'administration : KNIGHT (C.S.), « Expectations in transition : recent developments in legitimate expectations », *op. cit*., pp. 23-24.
4412. *R. (on the application of Wheeler) v. Office of the Prime Minister* [2008] EWHC 1409.
Voir : KNIGHT (C.S.), *ibid.*, p. 23.
4413. GORISSE (P.), « La sanction du comportement contradictoire de l'administration : l'apport des droits étrangers au contentieux administratif français », *RFDA* 2017, pp. 593-603, p. 600.

des garanties pour le justiciable et le principe de légalité »[4414]. Pour le même auteur, limitées à leur seule dimension procédurale, elles n'auraient que peu d'intérêt.

Cette conclusion repose en fait sur plusieurs méprises quant au système anglais. Comme nous l'avons dit, l'identification même d'une attente légitime substantielle est particulièrement difficile, et ne permet pas, à coup sûr, de donner gain de cause au requérant. L'autorité publique peut avoir un motif légitime d'intérêt public pour s'en écarter. Si une telle manœuvre est proportionnée au regard de l'importance de ce motif, alors le requérant ne peut prétendre à rien. Dans le cas contraire, l'exécution matérielle n'est pas toujours retenue comme dans l'affaire *Bibi*. Il est ainsi erroné de dire que les attentes légitimes substantielles garantissent une conciliation entre la prétention du requérant et le principe de légalité, car leur respect est toujours dépendant de leur légalité. Ce qui est sanctionné c'est la remise en cause illégale, car disproportionnée, de l'attente légitime. Si des réflexions existent pour reconnaître de telles attentes résultant pourtant d'un comportement illégal de l'administration, elles sont confinées au débat doctrinal. Il est ainsi plus exact de dire que les attentes légitimes substantielles permettent de concilier la prétention légitime du requérant avec la liberté de l'action administrative, sous-tendue par l'intérêt général. Il n'y a pas ici subjectivisation mais mise en balance casuistique et pragmatique. Le principe de légalité n'est pas limité ou remis en cause. Dans cette optique, le droit anglais offre en effet un système intéressant, justement en ce qu'il permet au requérant, dans des cas extrêmes, de faire valoir la promesse qui lui a été faite. L'exécution matérielle de celle-ci pourra être décidée si l'intérêt général ne s'y oppose pas et si elle ne cause pas de difficultés particulières. Il serait alors tout à fait possible, en théorie, et sans froisser ce qu'est le contentieux de l'excès de pouvoir, d'introduire une jurisprudence similaire. Si l'administration adopte une position expresse envers le requérant, que celle-ci ne viole pas le cadre de la légalité, et qu'aucun motif d'intérêt général ne justifie son non-respect, alors le juge de l'excès de pouvoir devrait pouvoir annuler la décision de refus. Une injonction pourrait être délivrée obligeant l'administration soit à reprendre une décision en prenant en compte l'attente frustrée soit, dans les cas les plus graves, la forcer à la respecter en substance. Le choix devrait se faire au regard du contexte, et des éléments du litige.

L'intensité du contrôle dépend alors en grande partie du contexte de l'affaire, représenté par le domaine en cause, l'expertise relative des juges, la situation des requérants et l'impact sur l'action administrative. L'étude du droit anglais sur ce point démontre les difficultés à garantir une approche subjective et substantielle des attentes légitimes. Il n'y a donc pas de danger, en ce sens, pour la séparation des pouvoirs, car elles n'impliquent pas un contrôle des *merits*, mais une mise en balance

4414. *idem*.

pragmatique, influencée par des arguments conséquentialistes[4415].

3. La variation de l'intensité du contrôle substantiel de l'action administrative, un marqueur important du rôle tenu par les juges

Pour s'en tenir à un élément strictement comparable, il est possible de relever qu'en France comme en Angleterre, le contrôle de proportionnalité doit se penser avant tout comme un outil et non comme un degré d'intensité. Une telle affirmation est utile, tant dans le cadre du recours pour excès de pouvoir que de la *judicial review.*

Dans le premier, souligner l'autonomie du contrôle de proportionnalité permet de s'interroger sur son intensité propre et sur le niveau d'exigence qu'il peut faire peser sur l'action administrative. En le considérant uniquement comme un degré maximum d'intensité du contrôle de la qualification juridique, de telles réflexions ne sont pas possibles. Or, comme nous l'avons mis en évidence, l'utilisation de cet outil, ou de certains de ses composants, ne signifie pas que les juges soient d'une extrême rigueur avec l'administration. Bien au contraire, conscients des difficultés propres à l'action administrative, ils font preuve d'une certaine retenue les empêchant de se substituer à l'autorité compétente. Dès lors, le contrôle de proportionnalité apparaît avant tout comme une certaine mise en relation des moyens avec les motifs de la décision, sans préjuger de la rigueur de l'examen opéré, et sans permettre aux juges de se mettre à la place de l'administration.

Dans le cadre de la seconde, la conclusion est similaire et revêt une importance encore plus grande. À l'heure des réflexions sur l'introduction d'un contrôle entièrement autonome de proportionnalité, entendu comme n'étant pas la conséquence des jurisprudences européennes, la dissociation entre outil et intensité permet de rendre plus probable sa reconnaissance explicite. Le contrôle de proportionnalité n'apparaît pas nécessairement comme conduisant à un contrôle des *merits*. Bien au contraire, sensible au contexte de son utilisation, il peut varier en intensité et laisser une marge nécessaire de manœuvre à l'administration. En cela, nous trouvons tout à fait pertinents les développements de certains auteurs appelant à une reconnaissance claire d'un contrôle structuré de proportionnalité permettant de faire jouer, dans le même temps, une approche déférente de celui-ci[4416]. En affirmant explicitement son utilisation, il est plus aisé, pour les juges, d'en concevoir une approche souple et parfois limitée.

4415. THOMAS (R.), « Legitimate Expectations and the Separation of Powers in English and Welsh Administrative Law », pp. 53-77 in *Legitimate Expectations in the Common Law World*, sous la dir. de M. Groves et G. Weeks, *op. cit.*
4416. RIVERS (J.), « Proportionality and Variable Intensity of Review », *CLJ* 2006, pp. 174-207 ; ELLIOTT (M.), « Proportionality and deference : the Importance of a structured approach », *Legal Studies Research Paper Series*, Septembre 2013, 18 pages.

La variation de l'intensité du contrôle de proportionnalité se retrouve dans chaque étape de celui-ci. Là encore, l'approche française trop globalisante, dans le sillage d'une jurisprudence administrative n'opérant pas véritablement un contrôle structuré en étapes et dont les arrêts sont insuffisamment détaillés, ne permet pas d'opérer avec certitude un tel constat. À l'inverse, en Angleterre, les nombreuses réflexions sur la reconnaissance d'un contrôle explicite et structuré de proportionnalité ont permis de faire émerger certains éléments[4417]. Les trois étapes du contrôle (adéquation, nécessité et proportionnalité *stricto sensu*) peuvent faire l'objet d'une certaine variation dans le degré d'exigence imposé par les juges.

Pour ce qui est de la première, il s'agit pour les juges d'évaluer l'efficacité de l'action : permet-elle de remplir l'objectif visé ? Ici, l'examen peut se trouver doublement limité. L'évaluation même de l'efficacité peut, surtout dans des domaines techniques et complexes, nécessiter de recueillir des données nombreuses, difficiles à cerner surtout dans le cadre d'un contrôle essentiellement prospectif et donc incertain. De même, une action partiellement efficace ne sera pas nécessairement sanctionnée en tant que tel. Tant que le but visé est légitime, et qu'une véritable relation existe entre son accomplissement et l'acte pris, les juges ne vont pas le censurer. Néanmoins, le constat de l'efficacité seulement partielle peut rejaillir lors des deux autres étapes, puisque l'acte sera porteur d'un intérêt, et donc d'avantages moins importants. En somme, l'adéquation ne nous paraît pas être un véritable motif d'illégalité (sauf en cas d'inefficacité patente, mais alors l'action est proche d'un détournement de pouvoir), mais permet d'évaluer l'utilité de l'action.

Le contrôle de la nécessité conduit les juges à rechercher si un autre moyen, moins désavantageux pour les individus notamment, ne permettait pas d'accomplir aussi efficacement le but visé. Ce dernier élément démontre ici l'intérêt de l'adéquation : il est plus facile de démontrer l'existence d'un moyen alternatif comparable si l'efficacité de l'action de base est faible. Le champ des mesures comparables s'en trouve augmenté. Toutefois, là encore, le contrôle de la nécessité n'est pas aisé et requiert du juge qu'il fasse preuve de beaucoup de précaution. L'évaluation de l'impact des mesures alternatives peut se révéler difficile : tel est le cas, comme nous l'avons vu, dans le cadre du contrôle de l'utilité publique en France. Mais, là encore, que faire si une mesure s'avère moins efficace, mais également porteuse d'effets négatifs moindres ? Dans ce cas, il ne nous paraît ni possible, ni souhaitable que le juge censure l'action administrative trop facilement. La comparaison doit se faire au regard de mesures ayant une efficacité similaire, sous peine de

4417. Voir, notamment : RIVERS (J.), « Proportionality and Variable Intensity of Review », *CLJ* 2006, pp. 174-207 ; ELLIOTT (M.), « Proportionality and deference : the Importance of a structured approach », *Legal Studies Research Paper Series*, Septembre 2013, 18 pages ; YOUNG (A.), « Will You, Won't You, Will You Join the Deference Dance », *OJLS* 2014, pp. 1-20.

conduire à un contrôle du « bilan des bilans » comme le demandent certains auteurs en France. Une telle démarche apparaît difficile à mettre en pratique, car elle nécessite du juge d'une part d'évaluer l'efficacité et les désavantages des mesures alternatives, et d'autre part de mettre en relation les résultats obtenus pour chaque décision. Or, ces éléments ne sont que partiellement et difficilement quantifiables, rendant leur évaluation et leur comparaison fortement subjective. L'administration doit en être le premier décisionnaire, et en assumer la responsabilité. Permettre ici un contrôle poussé reviendrait à autoriser un contrôle de l'opportunité de la mesure ; le juge se substituerait alors à l'administration pour décider quelle est la meilleure, et donc la seule, décision possible. Une censure pourrait être envisageable uniquement si une mesure alternative paraît avec une grande certitude, et sans appréciation particulièrement poussée, comme étant plus adaptée, c'est-à-dire faiblement moins efficace, mais extrêmement moins désavantageuse. Néanmoins, dans un tel cas, le contrôle peut se confondre avec celui de la proportionnalité *stricto sensu*, car la mesure contrôlée apparaîtra certainement comme porteuse de beaucoup plus d'inconvénients que d'avantages.

La troisième et dernière étape permet, en effet, de mettre en balance les « plus » et les « moins » de la décision. Elle permet d'évaluer l'intérêt intrinsèque de la décision, alors que celle-ci est, à efficacité équivalente, la mesure la moins négative. Le contrôle de la proportionnalité *stricto sensu* apparaît ainsi comme une soupape de sécurité. Il permet de censurer une décision qui, bien qu'efficace (même partiellement) a des effets dommageables que ne compensent pas ses conséquences positives. Les difficultés sont ici nombreuses : elles expliquent les réticences des juges anglais à reconnaître cette étape, ainsi que la faiblesse des annulations des déclarations d'utilité publique en France par ce biais. Deux obstacles se dressent devant les juges. En premier lieu, l'évaluation des éléments composant chaque plateau de la balance s'avère difficile, que l'on pense, par exemple, à ce que représente le coût environnemental ou social d'une action. Dès lors, les deux ensembles mis en relation sont difficilement quantifiables et sont déterminés avant tout par un jugement de valeur plutôt que par un examen objectif et arithmétique. En second lieu, la mise en relation même des deux plateaux est malaisée, expliquant que la censure ne peut être prononcée qu'en cas d'écart particulièrement important.

Toutes ces difficultés rendent nécessaire un certain recul de la part des juges dans leur évaluation de la proportionnalité de la décision. Bien évidemment, et selon l'approche casuistique et pragmatique ici défendue, le contrôle de proportionnalité peut se révéler plus aisé dans certains cas, justifiant un examen plus précis, intense et exigeant : il en va ainsi lorsque des droits sont en cause, et que la décision vise un but unique, dans un domaine qui n'est ni complexe, ni trop sensible.

La conclusion ne peut s'arrêter là. S'il faut reconnaître que le contrôle de proportionnalité est

souple, c'est-à-dire d'une intensité variable, il ne nous paraît en revanche pas critiquable que les juges en usent avec une certaine retenue. En cela, la recherche d'un contrôle juridictionnel toujours plus précis, poussé et rigoureux ne doit pas être soutenue sans réserve. L'augmentation de l'intensité avec laquelle les juges veillent au respect de la légalité implique, elle aussi des difficultés. Dans des matières complexes et techniques, plus de contrôle signifie nécessairement avoir une meilleure connaissance des questions et de ses implications ; or les juges, qu'ils soient fortement spécialisés comme en France ou beaucoup moins comme en Angleterre, ne peuvent prétendre avoir une expertise aussi forte que l'autorité publique compétente, au contact direct de la matière. L'accroissement de l'intensité du contrôle implique également que les juges diminuent la marge de manœuvre de l'administration, ce qui pose des problèmes tant concernant l'efficacité de l'action de cette dernière que sur leur légitimité même à faire peser des contraintes aussi fortes. En somme, la variation de l'intensité du contrôle substantiel doit être soutenue comme marqueur du respect dont doivent faire preuve les juges dans leur contrôle, et ce, en approchant chaque affaire selon ses spécificités et son contexte.

Conclusion du Chapitre II

L'approche du juge de l'excès de pouvoir et du juge de *judicial review* peut ainsi se résumer en quelques mots : elle est pragmatique, casuistique et illustre une mise en balance des exigences de chaque espèce. Ces termes reflètent la complexité du rôle des juges. Les « nécessités de l'action administrative » font partie intégrante de cette recherche constante d'équilibre. Cette conclusion, opérée dans le domaine du droit administratif, fait écho à la mission constitutionnelle des juges dans ces deux ordres juridiques. Pour chacun d'eux, il s'agit de constituer un point d'équilibre entre les pouvoirs : il faut faire respecter les préceptes propres à l'État de droit et à la *rule of law*, sans porter une atteinte excessive à la liberté de l'administration. Cela peut se résumer également par la recherche d'une conciliation entre le droit et le fait, entre les exigences de l'ordre juridique et le pouvoir discrétionnaire. De nombreuses jurisprudences, et à travers elles de méthodes juridictionnelles, traduisent au sein du recours pour excès de pouvoir et de *judicial review*, cette mission. Celle-ci n'est pas entrée en sommeil, mais perdure et donne un caractère particulier à ces deux voies de recours.

Conclusion du Titre II

L'étude des décisions prises par les juges français et anglais démontre que le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* permettent avant tout la recherche d'une forme d'équilibre entre les exigences du droit, la protection des individus et le respect des nécessités de l'action administrative. Ainsi déterminée, la tâche des juges n'est pas réductible à une seule facette. Tout au contraire, leur mission est fondamentalement multidimensionnelle. La tendance en jurisprudence en est, encore aujourd'hui le reflet. Le constat d'une subjectivisation ou d'une approche basée sur les droits doit en ce sens être tempéré. Cela n'implique pas de la renier totalement. Le contrôle de proportionnalité, exemple topique de ce mouvement, illustre cette volonté des juges de toujours plus entrer dans les appréciations des autorités publiques. Ce mouvement n'est pas nécessairement récent, mais s'il tend à se développer et à s'accroître, ses limites doivent être mises en exergue, et même parfois soutenues. Les juges ne doivent jamais remplacer l'administration ; ils n'en ont ni la capacité ni la légitimité. En cela, il est risqué de n'avoir qu'une conception partielle du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review*. Tous deux expriment cette même idée générale : le rôle des juges est avant tout, au sein du droit administratif, la recherche du respect de la légalité par le biais une approche contextuelle et pragmatique des cas, et une mise en balance des éléments de chaque affaire. Les deux recours réalisent cette mission d'une manière originale, avec une certaine retenue parfois, profitable à l'administration.

Conclusion de la Partie II

Le rôle des juges, comme acteurs du contrôle, à travers le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* apparaît, à un certain niveau d'abstraction, d'une grande similitude. La tendance de la jurisprudence est similaire : elle va vers un accroissement de la soumission de l'administration au droit par le biais de l'enrichissement de la légalité, l'extension du contrôle, la diversification des vices sanctionnés et une meilleure protection des individus. Les juges font ainsi pleinement respecter les exigences inhérentes à l'État de droit et à la *rule of law*. Néanmoins, cela ne signifie pas qu'ils œuvrent nécessairement toujours dans une optique purement individualiste. Les spécificités de l'action administrative ne peuvent être niées ; le rôle de l'administration est tout autant légitime que celui des juges, ou que les prétentions des individus. Ce constat pousse les juges à ne pas avoir une vision orientée uniquement dans une direction, mais plutôt de prendre en compte des données différentes dans chaque affaire, afin de les mettre en balance de façon pragmatique. Par ce biais, ils peuvent garantir une forme de conciliation entre les exigences du droit, la protection des individus et les nécessités de l'action administrative. Le développement du rôle des juges ne doit pas être réduit seulement à l'une de ces facettes, sous peine d'en donner une image incomplète. L'accroissement du contrôle juridictionnel n'est pas toujours nécessairement synonyme d'une augmentation des contraintes pesant sur l'administration. Par la prise en compte d'arguments conséquentialistes, les juges évaluent l'impact de leurs décisions aussi sur elle, et ce, afin de ne pas l'entraver excessivement. Chaque affaire est le lieu d'une évaluation concrète des données la composant, et de leur conciliation, donnant un rôle particulièrement actif aux juges. La fonction qu'ils remplissent s'inscrit parfaitement dans la philosophie du droit administratif : droit de contraintes, il est aussi un support de l'action administrative ; le contrôle opéré par la voie du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* cherche à garantir cette dualité.

Conclusion générale

En 2010, dans une contribution à un ouvrage portant sur les « perspectives du droit administratif européen », Jean-Marie Woehrling a pu ranger ensemble les mécanismes français et anglais de contrôle de la légalité de l'action administrative au sein d'une même catégorie regroupant des pays disposant d'un contentieux de type plutôt objectif[4418]. Le comparatiste y précise : « quant au système du contentieux objectif, il est original et s'inspire du contrôle hiérarchique interne de l'administration. Historiquement, il en est d'ailleurs issu dans beaucoup de pays. Il s'agit d'un contrôle de type hiérarchique interne qui a progressivement été juridictionnalisé et autonomisé »[4419]. Cette idée reflète toute l'ambiguïté ressortant d'une analyse comparée du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review*[4420].

Indéniablement, ces deux recours ont vocation à obliger l'activité administrative à rester dans le cadre de la légalité. Cette fonction est première et constitue le cœur du rôle des juges français et anglais. Elle se trouve doublement légitimée. En premier lieu, ses racines historiques sont anciennes et traduisent le développement progressif, des deux côtés de la Manche, de l'idée que l'administration n'est pas hors du droit, mais se doit d'agir en son sein et par son biais. Aujourd'hui, cette idée fondamentale se trouve exprimée dans les notions d'État de droit et de *rule of law*. Cette fonction se rattache à ce qui constitue le noyau dur du droit administratif : un droit particulier s'appliquant à une activité particulière, tant pour en permettre la réalisation que pour en assigner les limites nécessaires. En second lieu, en permettant le respect de la légalité, les juges s'inscrivent en cohérence avec leur système juridique. Ils apparaissent comme les garants nécessaires de l'intégrité de l'ordre juridique, et ne font, en cela, que remplir une mission qui les dépasse en ce qu'elle ne dépend pas uniquement d'eux mais mettent en jeu d'autres institutions et pouvoirs.

Dans cette optique, il est tout à fait possible de rapprocher le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* sans avoir à forcer le trait. Les évolutions successives qu'ils ont connues, en grande partie sous l'effet des juges eux-mêmes, ont tendu vers l'idée qu'il fallait de mieux en mieux garantir le respect d'un droit qui s'est profondément enrichi ces dernières années. L'influence des droits européens y a largement contribué. Les juges nationaux apparaissent comme les premiers garants de l'ordre juridique de l'Union européenne mais également comme les premiers protecteurs

4418. WOEHRLING (J.-M), « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs », pp. 297-322 in *L'État actuel et les perspectives du droit administratif européen*, sous la dir. de Jürgen Schwarze, Bruylant, Bruxelles, Collection Droit Administratif – Administrative Law, 2010, 364 pages.
4419. *ibid*., p. 304.
4420. Voir : Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II.

des droits sanctionnés par la Convention européenne. La légitimité de leur rôle se trouve renforcée car ils constituent les agents d'un système et d'institutions qu'ils n'ont pas créés, mais la protection doit être assurée. L'utilisation fréquente de l'interprétation de la loi pour faire évoluer le droit participe de cette idée : tout en s'inscrivant dans un contexte juridique légitimant, les juges peuvent remplir leur rôle. Les références plus nombreuses à cette technique en droit anglais se comprennent à travers l'idée qu'il est encore plus nécessaire de raccrocher, de façon fictive, une décision à l'intention du Parlement, et donc à l'expression de sa souveraineté. Plus textuel, le droit français offre des fondements juridiques écrits plus certains pour le juge.

C'est là que l'ambiguïté apparaît. Il n'est pas aisé de trouver une cause commune à l'établissement des deux côtés de la Manche de deux recours faisant jouer un rôle similaire aux juges. La citation de Jean-Marie Woehrling le met particulièrement en évidence : la *judicial review* ne repose pas sur la juridictionnalisation d'un contrôle interne à l'administration, basée sur le principe hiérarchique. Cette description correspond parfaitement au recours pour excès de pouvoir. La *judicial review*, quant à elle, est d'essence purement judiciaire ; elle s'est développée comme un moyen de centralisation par le recours aux juges, et comme un mécanisme de contrôle d'une administration locale autrefois pourvue par les juges locaux. Il y a bien l'existence d'un principe hiérarchique, mais qui n'est pas interne à l'administration. Dès lors, ce qu'il faut plutôt admettre c'est qu'un système relativement similaire s'est développé, de façon différente, en France et en Angleterre. Les moteurs en sont multiples, et ne sont pas réductibles à un événement ou à une logique en particulier.

Le constat de cette différence dans les origines des deux systèmes ne doit pas être minimisé. D'une part, elle permet, de façon quelque peu contre-intuitive, de relativiser la spécificité des systèmes français et anglais. Les deux contiennent un mécanisme de respect de la légalité dont les analogies transcendent les différences historiques, philosophiques, culturelles et sociales. En somme, de deux états différents peuvent ressortir un produit similaire. D'autre part, ce constat traduit également une différence d'approche dans le rôle des juges. Le juge administratif, plus proche historiquement et organiquement, de l'administration, a pu développer un contrôle sur le fond des décisions, bien plus facilement. À l'inverse, le juge anglais dispose d'outils permettant avant tout de contrôler les juges inférieurs, d'un point de vue procédural. Ils se révèlent moins bien adaptés au contrôle de l'activité administrative, notamment de sa substance. Tout le travail du juge anglais depuis les années soixante a été de produire un renouveau tant du droit que des mécanismes de contrôle. Le développement des attentes légitimes (*legitimate expectations*) en est un exemple. Le contrôle de proportionnalité en est un autre, les juges n'ayant pas encore pu, ou voulu, en

exploiter toutes les potentialités. Il fait peu de doutes, malgré les résistances, que ce moment viendra. À ce titre, l'isolement progressif du Royaume-Uni par rapport aux deux grandes organisations européennes pourrait être un catalyseur.

L'impossibilité d'assimiler les contextes juridiques d'émergence des recours conduit à un autre constat, esquissé ci-dessus : le contexte politique, pris en son acception large, est un facteur important dans la compréhension du rôle des juges. Dire qu'il est différent dans chaque pays relève du truisme. Mais, justement, il constitue également un facteur d'explication des différences mises en évidence. Là encore, les critiques anglaises sur la Convention européenne ont poussé les juges à prendre à bras le corps la question de la reconnaissance d'un contrôle de proportionnalité. De même, en France, le contexte de l'épuration d'après guerre, couplé à une carence dans la garantie des droits, a mené au développement accru des principes généraux du droit.

La mise en évidence de ces spécificités empêche-t-elle de conclure qu'il pourrait exister un « droit commun européen » ? La réponse nous paraît être négative, mais encore faut-il la nuancer. En effet, il est tout à fait remarquable que dans deux pays longtemps opposés, à différents niveaux, puissent se retrouver deux mécanismes de contrôle de l'activité administrative aux points communs prononcés. Ce, d'autant plus, que leur étude met en évidence que des enjeux similaires existent. La comparaison des deux systèmes fait alors ressortir la place croissante occupée par les juges. Trois points éclaircissent cette affirmation.

Tout d'abord, ils n'hésitent pas, lorsque cela apparaît nécessaire, à développer le droit. Cela peut passer par une meilleure réception du droit produit par d'autres institutions, notamment européennes ou internationales. De même, l'émergence d'un droit administratif, d'origine surtout jurisprudentielle, mettant en son cœur le rôle des juges en est un exemple. Le développement des principes généraux du droit en France, ou des droits constitutionnels en Angleterre, est représentatif de ce rôle. Dans le même ordre d'idées, les juges vont étendre le champ des recours, en acceptant de connaître de plus en plus d'activités et d'actes de l'administration.

De cela, il découle qu'ils sont considérés comme pouvant permettre une protection efficace des individus. Ils constituent un remède nécessaire face au développement d'une action étatique devant être bornée par le droit, et qui se doit également de ne pas porter atteinte de façon illégitime aux individus. Pour cela, les juges sont de plus en plus enclins à porter un regard précis tant sur l'action administrative que sur l'effet de leurs décisions. Il y a un mouvement de « concrétisation » de l'office des juges.

Enfin, le rôle central des juges est aussi illustré par la méthode utilisée pour résoudre un problème. Que ce soit dans la définition du champ des recours, ou bien encore dans le contrôle

même de l'administration, ils ne cherchent pas à élaborer des concepts ou des systèmes, mais plutôt à apporter une solution à une question concrète. Leur méthode repose avant tout sur la mise en œuvre d'une balance, reflétant leur approche pragmatique. Elle permet de rechercher un équilibre, au cas par cas, entre le respect du droit, la protection des individus et la nécessité pour l'administration de remplir sa mission. Les juges ne sont donc pas uniquement un moyen efficace de protection des individus. La mise en balance et la prise en compte des arguments conséquentialistes les conduisent parfois à faire preuve d'une forme de souplesse dans leur contrôle de l'activité administrative : la variation de l'intensité du contrôle, le pragmatisme affiché dans le contrôle des règles de procédure, ou encore certaines restrictions dans la possibilité d'introduire un recours sont autant d'exemples démontrant que les juges ne s'orientent pas dans une direction unique. Ils sont plutôt la pierre de touche des systèmes juridiques. En effet, la mise en balance se fait dans chaque litige et conduit en fait à une recherche de conciliation globale au sein des ordres juridiques, car derrière chaque élément mis en balance se trouve également une institution ayant ses prétentions légitimes : il peut s'agir du Parlement, des institutions européennes ou internationales, de l'exécutif, des juges, voire même du constituant. La mise en balance garantit alors la conciliation entre ces pouvoirs, donnant une coloration constitutionnelle au rôle des juges. Le pragmatisme dont ils font preuve leur permet sans cesse de rééquilibrer le droit, en fonction de l'évolution des rapports de force entre les pouvoirs, et également aux regards des évolutions affectant l'action étatique en général.

Mais, c'est là qu'il faut nuancer quelques peu ces idées. Ou plus exactement, il est nécessaire d'en relativiser l'importance dans la recherche d'un « droit commun européen ». Le travail de comparaison a ici porté sur deux pays, afin d'en approfondir l'étude. Il est difficile d'en faire ressortir avec certitude des conclusions valables pour l'ensemble des pays européens. Néanmoins, portant sur deux pays longtemps opposés, la comparaison donne des éléments de réflexion pertinents pour des études futures incluant d'autres ordres juridiques. Bien plus, s'il faut relativiser la mise en lumière de points communs entre le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review* c'est qu'il existe également de nombreuses différences. Celles-ci traduisent l'existence d'un contexte différent dans lequel viennent se mouvoir les recours. Ainsi, l'émergence des lois constitutionnelles outre-Manche ne paraît pas envisageable en droit français car leur fonction est propre aux spécificités du système anglais basé sur la souveraineté du Parlement. De même, les attentes légitimes ont émergé par référence à l'*estoppel*, principe qui ne trouve pas à s'appliquer dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Les exemples pourraient être multipliés, mettant en évidence que les deux systèmes sont spécifiques, créant ainsi un contexte différent.

Dès lors, la contribution de la comparaison du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* ne doit pas être sur-évaluée. À un niveau relativement élevé de généralisation, les points communs sont nombreux. Ils illustrent principalement l'idée qu'il est nécessaire dans les deux pays de soumettre l'activité administrative à un juge disposant d'outils particuliers de contrôle de la légalité car l'administration n'y est pas considérée comme une institution classique. La spécificité de l'activité administrative explique l'émergence de moyens de contrôle originaux. Le rôle des juges apparaît ici central, tant dans l'élaboration de ces outils que dans leur utilisation éminemment pragmatique. La méthode qu'ils utilisent leur fait jouer le rôle de pivot, recherchant un équilibre permanent. Fondamental, ce rôle doit être reconnu afin d'en dessiner constamment les limites et en rechercher la légitimité. Il y a ici de nombreux principes communs au recours pour excès de pouvoir et à la *judicial review*. Mais, à un niveau moins général, l'analyse met en évidence que les contextes de nature historique, philosophique, politique n'étant pas les mêmes, alors les juges ne remplissent pas leur fonction de façon similaire. La trame générale est similaire, mais les moyens utilisés s'adaptent, comme le droit s'adapte à son contexte. Cela n'a rien d'étonnant puisque le contrôle même des juges est empreint d'une forte dimension concrète, dépendant de l'évaluation des données propres à chaque litige, et de leur importance. Ces éléments varient d'un cas à un autre ; mais surtout ils varient d'un pays à un autre. Un double niveau de lecture s'impose donc : un niveau abstrait et un niveau concret. Dès lors, il est possible d'identifier des principes pouvant participer à la construction d'un « droit commun européen » structuré autour de principes généraux relativement abstraits dont il peut alors être intéressant de rechercher l'existence dans d'autres pays européens.

Bibliographie générale

I. Ouvrages généraux, manuels et traités

A. Sur le droit français

- AUBY (J.-M), DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 3e éd., LGDJ, Paris, 1984, 2 tomes
- BENOIT (F.-P), *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968, 897 pages
- BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 3e éd., LGDJ, Paris, 2014, 813 pages
- BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 4e éd., LGDJ, Paris, 2016, 992 pages
- BRAIBANT (G.) et STIRN (B.), *Le droit administratif français*, Dalloz et Presses de Sciences Po, Paris, 7e éd., 2005, 653 pages
- BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, 3e éd., LGDJ, Paris, 2015, 464 pages
- BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, 4e éd., LGDJ, Paris, 2016, 468 pages
- BURDEAU (F.), *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, PUF, Paris, 1995, 494 pages
- CHAPUS (R.), *Droit Administratif Général*, 15e éd., 2 tomes, Montchrestien, Paris, 2001, t.1, 1427 pages
- CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., Montchrestien, Paris, 2008, 1540 pages
- DAEL (S.), *Contentieux administratif*, 3e éd., PUF, Paris, 2010, 363 pages
- DAEL (S.) et COURRREGES (A.), *Contentieux administratif*, 4e éd., PUF, Paris, 2013, 411 pages
- De LAUBADERE (A.) et GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t. I, 16e éd., LGDJ, Paris, 2001, 918 pages
- DEBBASCH (C.), COLIN (F.), *Administration publique*, 6e éd., Economica, Paris, 2005, 1117 pages
- DEBBASCH (C.), COLIN (F.), *Droit administratif*, 10e éd., Economica, Paris, 2011, 734 pages
- DEBBASCH (C.), COLIN (F.), *Droit administratif*, 11e éd., Economica, Paris, 2014, 752

pages

- DEBBASCH (C.), RICCI (J.-C), *Contentieux administratif*, 8e éd., Dalloz, Paris, 2001, 1018 pages

- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. II, éd. Broccard, Paris, 1928, 888 pages

- DUPUIS (G.), GUEDON (M-J.), CHRETIEN (P.*), Droit administratif,* 11e éd. Dalloz, Paris, 2008, 719 pages

- FRIER (P.-L), PETIT (J.), *Droit administratif*, 7e éd., Montchrestien, Paris, 2012, 626 pages

- FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administrati*f, 10e éd., LGDJ, Paris, 2015, 646 pages

- GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, 19e éd., LGDJ, Paris, 2010, 550 pages

- GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, 20e éd., LGDJ, Paris, 2012, 624 pages

- GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, 21e éd., LGDJ, Paris, 2015, 537 pages

- GOHIN (O.), *Contentieux Administratif*, 7e éd., Lexis-Nexis, Paris, 2012, 520 pages

- GOHIN (O.), *Contentieux administratif,* 8e éd., Lexis Nexis, Paris, 2014, 542 pages

- GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux Administratif*, 1ere éd., Dalloz, Paris, 2010, 463 pages

- GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, 2e éd., Dalloz, Paris, 2012, 515 pages

- GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, 3e éd., Dalloz, Paris, 2014, 582 pages

- GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, 4e éd., Dalloz, Paris, 2017, 615 pages

- HAURIOU (M.), *Précis élémentaire de droit administratif*, 4e éd., refondue par André Hauriou, Sirey, Paris, 1938, 597 pages

- HAROUEL (J.-L), BARBEY (J.), BOURNAZEL (E.), THIBAUT-PAYEN (J.), *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, 11e éd., PUF, Paris, 2007, 646 pages

- LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), BOITEAU (C.), et DEFFIGIER (C.), *Droit des services publics*, 2e éd., Lexis Nexis, Paris, 2015, 759 pages

- LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1ere éd., 2 tomes., Berger-Levrault, Paris, 1887

- LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* 2e éd.,

2 tomes, Berger-Levrault et Cie, 1896

- LEBRETON (G.), *Droit administratif généra*l, 6e éd., Dalloz, Paris, 2011, 583 pages

- LEBRETON (G.), *Droit administratif généra*l, 8e éd., Dalloz, Paris, 2015, 599 pages

- LEBRETON (G.), *Droit administratif généra*l, 9e éd., Dalloz, Paris, 2017, 615 pages

- MESTRE (J.-L), *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985, 294 pages

- NEVILLE BROWN (L.) et BELL (J.), *French Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, 358 pages

- ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2007, 2 tomes

- PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, 7e éd., PUF, Paris, 2005, 530 pages

- PACTEAU (B.), *Manuel de contentieux administratif*, 3e éd., PUF, Paris, 2014, 304 pages

- PACTEAU (B.), *Traité de contentieux administratif,* PUF, Paris, 2008, 646 pages

- PECES-BARBA MARTINEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2004, 497 pages

- ROUQUETTE (R.), *Petit traité du procès administratif*, 6e éd., Dalloz, Paris, 2014, 1516 pages

- ROUQUETTE (R.), *Petit traité du procès administratif*, 7e éd., Dalloz, Paris, 2016, 1635 pages

- TIMBAL (P.-C), CASTALDO (A.), *Histoires des institutions publiques et des faits sociaux*, 11e éd., Dalloz, Paris, 673 pages

- RIVERO (J.), *Droit administratif*, 1ere éd., Dalloz, Paris, 1960, 550 pages

- SAINT-BONNET (F.), SASSIER (Y.), *Histoire des institutions avant 1789*, 4e éd., Montchrestien, Paris, 2011, 474 pages

- SAINT-BONNET (F.) et SASSIER (Y.), *Histoire des institutions avant 1789*, Montchrestien, 5e éd., 2011, Paris, 496 pages

- SEILLER (B.), *Droit administratif*, 5e éd., Flammarion, Paris, 2014, 2 tomes

- SEILLER (B.), *Droit administratif*, 6e éd., Flammarion, Paris, 2016, 2 tomes

- SUEUR (P.), *Histoire du droit public français XVe – XVIIIe siècle*, 4e éd., 2008, ré-édition de 1989, PUF, Paris, 2 tomes

– WALINE (J.), *Droit administratif*, 24e éd., Dalloz, Paris, 2012, 759 pages

– WALINE (J.), *Droit administratif*, 25e éd., Dalloz, Paris, 2014, 768 pages

– WALINE (J.), *Droit administratif*, 26e éd., Dalloz, Paris, 2016, 787 pages

– WALINE (M.), *Droit administratif*, 9e éd., Sirey, Paris, 1963, 934 pages

– WEIDENFELD (K.), *Histoire du droit administratif, du XIVe siècle à nos jours*, Economica, Paris, 2010, 345 pages

– ZOLLER (E.), *Introduction au droit public*, 2e éd., Dalloz, Paris, 2013, 241 pages

B. Sur le droit anglais

– BAKER (J.H.), *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., OUP, Oxford, 2011, réimpression de l'édition de 2002, Butterworths, 600 pages

– BULLIER (A.-J), *La Common Law*, 2e éd., Dalloz, Paris, 2007, 163 pages

– BULLIER (A.-J), *La Common Law*, 3e éd., Dalloz, Paris, 2012, 162 pages

– BULLIER (A.J), *La Common Law*, 4e éd., Dalloz, 2016, 162 pages

– CANE (P.), *An Introduction to Administrative Law*, 3e éd., Clarendon Press, Oxford, 1996, 401 pages

– CANE (P.), *Administrative Law*, 5e éd., OUP, Oxford, 2011, 452 pages

– CARROLL (A.), *Constitutional and Administrative Law*, 5e éd., Pearson, Londres, 2009, 652 pages

– CARROLL (A.), *Constitutional and Administrative Law*, 6e éd., Pearson, Londres, 2011, 693 pages

– CARROLL (A.), Constitutional and Administrative Law, 8e éd., Pearson, Londres, 2015, 700 pages

– CARTER (A.T), *History of the English Courts*, Butterworth & Co., Londres, 1944, 183 pages

– CRAIG (P.), *Administrative Law*, 6e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 2010, 1045 pages

– CRAIG (P.), *Administrative Law*, 7e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 2012, 980 pages

– CRAIG (P.), *Administrative Law*, 8e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 2016, 974 pages

- DAVID (R.), *Le droit anglais*, 10e éd., 2003, PUF, Paris, 128 pages
- DE SMITH (S.A.), *Constitutional and Administrative Law*, 1ere éd., Longman, Londres, 1971, 712 pages
- DE SMITH (S.A.) et BRAZIER (R.), *Constitutional and Administrative Law*, 7e éd., Penguin Books, Londres, 1994, 778 pages
- DE SMITH (S.A.), *Judicial Review of Administrative Action*, Stevens & Sons, Londres, 1959, 486 pages
- DE SMITH (S.A.), *Judicial Review of Administrative Action*, 3e éd., Stevens & sons ltd., Londres, 1973, 549 pages
- DE SMITH (S.), WOOLF (H.K.), JOWELL (J.), *Judicial Review of Administrative Action*, 5e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 1995, 1130 pages
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), *Le Royaume-Uni*, Paris, LGDJ, 1979, 418 pages
- ELLIOTT (M.), *Beatson, Matthews, and Elliott's Administrative Law,* 4e éd., OUP, Oxford, 2011, 744 pages
- ELLIOTT (M.) et THOMAS (R.), *Public Law*, 2e éd., OUP, Oxford, 2014, 850 pages
- ELLIOTT (M.) et VARUHAS (J.NE.), *Administrative Law. Text and Materials*, 5e éd., OUP, Oxford, 2017, 796 pages
- ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 2e éd., OUPs, Oxford, 2011 644 pages
- ENDICOTT (T.), *Administrative Law*, 3e éd., OUP, Oxford, 2015, 650 pages
- EVANS (J.M.), *De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4e éd., Stevens & Sons Limited, Londres, 1980, 626 pages
- FENWICK (H.), *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, 5e éd., Routledge, Londres, 2017, 1143 pages
- FRISON (D.), *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, Ellipses, Paris, 2000, 255 pages
- FRISON (D.), *Histoire Constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Ellipses, Paris, 2005, 201 pages
- GAMBARO (A.), SACCO (R.), VOGEL (L.), *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, LGDJ, Paris, 2011, 455 pages
- GARNER (J. F.), *Administrative Law*, 1ere éd., Butterworths, Londres, 1963, 408 pages
- GILLEPSIE (A.), *The English Legal System*, 3e éd., OUP, Oxford, 2011, 587 pages

- GORDON (R.), *Judicial review and Crown Office Practice*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, 679 pages

- GRIFFITH (J.A.G) et STREET (H.), *Principles of Administrative Law*, 1ere éd., Sir Isaac Pitman & Sons, Londres, 1952, 316 pages

- GRIFFITH (J.A.G), STREET (H.), *Principles of Administrative Law*, 5e éd., Pitman Publishing, Londres, 1973, 331 pages

- HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *Law and Administration*, 2e éd, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, ré-édition 2006, 655 pages

- HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), *Law and Administration*, 3e éd., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 827 pages

- HARVEY (M.), KIRBY-LEGIER (C.), CHARRET-DEL BOVE (M.), *Droit anglais et droit américain*, Armand Collin, Paris, 2011, 192 pages

- HAWKE (N.), *An Introduction to Administratif Law*, 2e éd., ESC Publishing Limited, Oxford, 1989, 260 pages

- HEWART (G.), *The New Despotism*, Ernest Benn Limited, Londres, 1929, 308 pages

- HOOD PHILLIPS (O.), *The Constitutional Law of the Great Britain and the Commonweal*th, Sweet & Maxwell, Londres, 1952, 826 pages

- HOOD PHILLIPS (O.), *Constitutional and Administrative Law*, 3e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 1962, 855 pagess

- HOOD PHILLIPS (O.), JACKSON (P.), LEOPOLD (P.), *O. Hood Phillips & Jackson : Constitutional and Administrative Law*, 8e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 2001, 855 pages

- HOFFMAN (D.) et ROWE (J.), *Human Rights in the UK, An Introduction to the Human Rights Act 1998*, 4e éd., Pearson, Londres, 2013, 508 pages

- INGMAN (T.), *The English Legal Process*, 13e éd., OUP, Oxford, 2011, 437 pages

- JENNINGS (I.), *The Law and The Constitution*, 5e éd., University of London Press, Londres, 1959, 354 pages

- JENNINGS (I.), *Principles of Local Government Law*, 4e éd., University of London Press, Londres, 1960, 316 pages

- JOLOWICZ (J.-A), *Droit Anglais*, 2e éd., Dalloz, Paris, 1992, 487 pages

- JONES (B.L.) et THOMPSON (K.), *Garner's Administrative Law*, 8e éd., Butterworths, Londres, 1996, 577 pages

- KINDER-GEST (P.), *Droit anglais*, 3e éd., LGDJ, Paris, 1997, 622 pages

- LAWSON (F.H.), *Remedies of English Law*, 2nd éd., Butterworths, Londres, 1980, 309 pages
- LAWSON (F.H.) et BENTLEY (D.J.), *Constitutional and Administrative Law*, Butterworths, Londres, 1961, 395 pages
- LE SUEUR (A.), SUNKIN (M.) et MURKENS (J.), *Public Law : text, cases and materials*, 2e éd., OUP, Oxford, 2013, 859 pages
- LOVELAND (I.), *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights. A Critical Introduction*, 5e éd., OUP, Oxford, 2009, 785 pages
- LOVELAND (I.), *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights. A Critical Introduction*, 7e éd., OUP, Oxford, 2015, 796 pages
- LYALL (F.), *An Introduction to British law*, Nomos, Baden-Baden, 1994, 261 pages
- MAITLAND (F. W.), *The constitutional history of England,* University Press of Cambridge, Cambridge, 1908, 548 pages
- MANNING (J.), SALMON (S.) et BROWN (R.), *Judicial review proceedings, a practitioner's guide*, 3e éd., éd. Legal Group Action, Londres, 2013, 704 pages
- MASTERMAN (R.) et MURRAY (C.), *Exploring Constitutional and Administrative Law*, Pearson, Londres, 2013, 659 pages
- MILSOM (S.F.C), *Historical Foundations of the Common Law*, 2e éd., OUP, Oxford, 1981, 475 pages
- PADFIELD (C.F.), *Elements of Public Law*, Harrap & Co., Londres, 1968, 352 pages
- PARPWORTH (N.), *Constitutional and Administrative Law*, 7e éd., OUP, Oxford, 2012, 540 pages
- PORT (F.), *Administrative Law*, Longmans Green and Co., Londres, 1929, 374 pages
- RUBINSTEIN (A.), *Jurisdiction and Illegality. A Study in Public Law*, Clarendon Press, Oxford, 1965, 256 pages
- SCHWARTZ (B.), *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, New York, 1954, 367 pages
- SCHWARTZ (B.) et WADE (H.W.R.), *Legal Control of Government. Administrative Law in Britain and the United States*, Clarendon Press, Oxford, 1972, 349 pages
- SLAPPER (G.) et KELLY (D.), *The English legal System*, 6e éd., Cavendish Publishing, Londres, 2003, 685 pages
- STEPHEN (H.J.), *New Commentaries of the Laws of England*, Butterworth, Londres, 1844, vol III, 744 pages

- VAN CAENEGEM (R.C), *The Birth of the English Common Law*, 2e ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1988, 160 pages

- WADE (H.W.R.), *Administrative Law*, 6e éd., Clarendon Press, Oxford, 1988, 1028 pages

- WADE (H.W.R) et FORSYTH (C.F.), *Administrative Law*, 10e éd., OUP, Oxford, 2009, 898 pages

- WADE (H.W.R.) et FORSYTH (C.F.), *Administrative Law*, 11e éd., OUP, Oxford, 2014, 867 pages

- WARD (R.) et WRAGG (A.), *English Legal System*, 9e éd., OUP, Oxford, 2005, 728 pages

- WOOLF (H.), JOWELL (J.), LE SUEUR (A.), *De Smith's Judicial Review*, 6e ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2007, 1098 pages

- ZOLLER (E.), *Introduction au droit public*, 2e éd., Dalloz, Paris, 2013, 241 pages

C. Droit comparé et comparaison

- ARMINJON (P.), NOLDE (B.), WOLFF (M.), *Traité de droit comparé*, LGDJ, 1950, 2 tomes

- CONSTANTINESCO (L.-J), *Traité de droit comparé,* 3 tomes, LGDJ, Paris, 1972

- DAVID (R.), *Traité élémentaire de droit civil comparé*, LGDJ, Paris, 1950, 556 pages

- DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.) et GORE (M.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12e éd., Dalloz, Paris, 2016, 539 pages

- ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé,* 3e éd., Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1903, 912 pages

- FROMONT (M.), *Grands systèmes de droit étrangers*, 5e éd., Dalloz, Paris, 2005, 197 pages

- FROMONT (M.), *Grands systèmes de droit étrangers*, 6e éd., Dalloz, Paris, 2009, 256 pages

- FROMONT (M.), *Grands systèmes de droit étrangers*, 7e éd., Dalloz, Paris, 2013, 278 pages

- FROMONT (M.), *Droit administratif des États européens*, PUF, Paris, 2006, 360 pages

- GOODNOW (F.), *Comparative Administrative Law. An Analysis of the Administrative Systems National and Local of the United States, England, France and Germany*, 2 volumes, Putnam's Son, New York, 1895

- GUTTERIDGE (H.C.), *Le droit comparé, Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, LGDJ, Paris, 1953, 240 pages

- SCHWARZE (J.), *Droit administratif européen*, 2e éd. complétée, Bruylant, Bruxelles, Collection Droit Administratif – Administrative Law, 2009, 1631 pages

- SERVIDIO-DELABRE (E.), *The Legal System of a Common Law Country. The British Legal System, the American Legal System*, *Constitutionally Protected Rights of the USA*, 2e éd., Dalloz, Paris, 2014, 478 pages

- ZILLER (J.), *Administrations comparées, les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, Montchrestien, Paris, 1993, 511 pages

D. Droit européen

- BLUMANN (C.) et DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4e éd., Litec, Paris, 2010, 828 pages

- BLUMANN (C.) et DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6e éd., Litec, Paris, 2016, 922 pages

- SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, 13e éd., PUF, Paris, 2016, 1005 pages

II. Dictionnaires, dossiers, mélanges, monographies, ouvrages collectifs, rapports, thèses

A. Sur le droit français

Dictionnaires :

- *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Denis Alland et Stéphane Rials, PUF, Paris, 2003

- *Dictionnaire culturel en langue française*, sous la dir. de Alain Rey, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2005, 4 volumes

- *Dictionnaire historique de la langue française*, sous la dir. de A. Rey, Dictionnaire Le Robert, Paris, 1998

- *Dictionnaire « Le Petit Larousse illustré 2013 »*, éd. Larousse, Paris, 2012

- *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2e éd., sous la dir. de Rémy Cabrillac, Litec, Paris, 2004

- *Le petit Larousse illustré*, Larousse, Paris, 2016

- *Grand Larousse Universel*, Larousse, Paris, 1997, 15 volumes

- *Lexique des termes juridiques*, 24e éd., sous la dir. de S. Guinchard et T. Debard, Dalloz, Paris, 2016
- PUIGELIER (C.), *Dictionnaire juridique*, éd. Larcier, Bruxelles, 2015, 1068 pages

- VAN LANG (A.), GANDOUIN (G.), INSERGNET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, 3e éd., Armand Colin, Paris, 2002

- *Vocabulaire juridique*, 11e éd., sous la dir. de G. Cornu, PUF, Paris, 2016

Dossiers :

- *15 ans de nouveaux référés administratifs!*, *JCP A*, numéros 51-52, 2016

- *Cent ans après l'arrêt Boussuge*, *JCP-A*, numéros 38-39, 24 septembre 2012

- *Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790*, *RFDA* n°5, septembre-octobre 1990

- *Droit administratif et droit communautaire*, *AJDA* num spé, 20 juin 1996

- *Juridiction administrative et juridiction judiciaire. 200 ans après la loi de 1790*, *AJDA* 1990, pp. 579-600

- *Justice et équité*, *Justices Revue générale de droit processuel*, n°9, Janvier-Mars 1998, pp. 1-193

- *L'État de droit en France. Ombres et lumières*, La documentation Française, Paris, 1993, 73 pages

- *La fonction de juger*, *Droits* n°9, 1989

- *Le droit administratif français en 2013*, *AJDA* 2013, pp. 386-410

- *Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?*, *AJDA* num. spé., juillet 1998

- *Le pouvoir d'injonction du juge administratif*, numéros 3 et 4, *RFDA* 2015

- *Les sanctions administratives. Actualité et perspectives*, *AJDA* octobre 2001

- *Questions pour le droit administratif*, *AJDA* num spéc., 20 juin 1995

Mélanges :

- *Droit administratif, Mélanges René Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, 707 pages

- *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, 811 pages

- *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002, 797 pages

- *Juger l'administration, administrer la justice*, *Melanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, 882 pages

- *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, 817 pages

- *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, 966 pages

- *L'Europe et le droit*, *Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, 556 pages

- *L'évolution du droit public, études offertes à Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956, 574 pages

- *L'intérêt général*, *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, Paris, 2015, 693 pages

- *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, 710 pages

- *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, 1166 pages

- *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, Paris, 1974, 2 tomes

- *Le service public. Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, Paris, 2016, 501 pages

- *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, Paris, 2004, 1264 pages

- *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Ed., Cujas, Paris, 1975, 467 pages

Monographies :

- ALIBERT (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, Paris, 1926, 391 pages

- AUCOC (L.), *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école impériale des Ponts et Chaussées*, 3e éd., t. I, Dunod, Paris, 1885, 838 pages

- BARILARI (A.), *L'État de Droit : réflexion sur les limites du juridisme*, LGDJ, Paris, 2000, 119 pages

- BELL (J.), *French Legal Cultures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, 276 pages

- CAILLOSSE (J.), *L'État du droit administratif*, LGDJ, Paris, 2015, 339 pages

- CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 tomes, Sirey, Paris, 1920, t. I, 837 pages

- CHAPUS (R.), *L'administration et son juge*, PUF, Paris, 1999, 426 pages

- CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, 5e éd., Montchrestien, Paris, 2010, 158 pages

- COHEN-TANUGI (L.), *La métamorphose de la démocratie française. De l'État jacobin à l'État de droit*, Gallimard, Paris, 1993, 224 pages

- DARESTE (R.), *La Justice Administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, éd. La Mémoire du Droit, Paris, 2012, ré-impression de l'édition de 1862, 688 pages

- DUGUIT (L.), *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, Paris, 1901, 623 pages

- EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, LGDJ, Paris, ré-édition, 2014, 2 tomes

- GUILLERMET (C.-J.), *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, Paris, 2006, 106 pages

- HAURIOU (M.), *La gestion administrative*, Larose, Paris, 1899, 94 pages

- HAURIOU (M.), *Police juridique et fond du droit. À propos du livre d'Al Sanhoury. Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon*, Sirey, 1926, 52 pages

- JACQUELIN (R.), *Une conception d'ensemble du droit administratif*, V. Giard et E. Brière libraires-éditeurs, Paris, 1899, 32 pages

- JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, ré-édition Dalloz, 2005, 543 pages

- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit,* 2e éd., trad. par C. Eisenmann, LGDJ/Bruylant, Paris/Bruxelles, 1962, ré-impression 1999, 367 pages

- LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, LGDJ, Paris, 1962, 196 pages

- LATOUR (B.), *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, éd. La Découverte, Paris, 2002, 320 pages

- MILLON-DELSOL (C.), *Les idées politiques au XXe siècle*, PUF, Paris, 1991, 257 pages

- Montesquieu, *De l'esprit des loi*s, Flammarion, 2008, Paris, 1184 pages

- NEGRIN (J.-P.), *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1976, 208 pages

- PACTEAU (B.), *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, PUF, Paris, 264 pages

- ROSANVALLON (P.), *L'État en France, de 1789 à nos jours*, Éditions du Seuil, Paris, 1990, 361 pages

- TIMSIT (G.), *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, PUF, Paris, 1995, 126 pages

- TIMSIT (G.), *Les figures du jugement*, PUF, Paris, 1993, 204 pages

- TROPER (M.), *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, Paris, 2001, 334 pages

- TROPER (M.), *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris, 2011, 294 pages

- TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, 1994, 358 pages

- VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.), *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, Paris, 1991, 280 pages

- VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ Montchrestien, Paris, 1960, ré-édition Université Panthéon-Assas, LGDJ, Paris, 2010, 225 pages

- WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, 2e éd., Montchrestien, Paris, 1949, 415 pages

Ouvrages collectifs :

- *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ, Paris, 1988

- *De l'intérêt de la* summa divisio *droit public-droit privé ?*, sous la dir. de B. Bonnet et P. Deumier, Dalloz, Paris, 2010, 297 pages

- *Droit public général*, sous la dir. de Michel de Villiers et Thibaut de Berranger, 5e éd., Litec, Paris, 2012, 1563 pages

- *L'État de droit en France. Ombres et lumières*, La documentation française, Paris, 1993, 73 pages

- *L'injonction et l'exécution des décisions de justice*, sous la dir. du Centre de recherches administratives, PUAM, Aix-Marseille, 2006

- *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, sous la dir. de O. Renaudie, Berger-Levrault, Boulogne-Billancourt, 2015, 173 pages

- *La création du droit par le juge*, actes de colloque, sous la dir. de l'Académie des sciences morales et politiques, Dalloz, Paris, 2007, 470 pages

- *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, sous la dir. de P. Bouretz, éd. Esprits, Paris, 1991

- *La motivation des décisions de justice*, *Études publiées par C. Perelman et P. Foriers*, sous la dir. de C. Perelman et P. Foiriers, Bruylant, Bruxelles, 1978, 428 pages

- *La motivation en droit public*, sous la dir. de S. Caudal, Dalloz, Paris, 2013, 304 pages

- *Le Conseil d'État, de l'An VIII à nos jours. Livre jubilaire du deuxième centenaire*, sous la dir. de J. Massot, éd. Adam Biro, Paris, 1999, 191 pages

- *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, sous la dir. du CREAP, Economica, Paris, 1991, 259 pages

- *Le Droit Français*, sous la dir. de R. David, LGDJ, Paris, 1960, 2 tomes

- *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges, actes du colloque du 50e anniversaire des tribunaux administratifs*, sous la dir. de B. Lukaszewic et H. Oberdorff, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2004, 359 pages

- *Le professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, sous la dir. de F. Mélin-Soucramanien et F. Melleray, Dalloz, Paris, 2012, 133 pages

- *Les droits publics subjectifs des administrés*, organisé par l'AFDA, Lexis Nexis, 2011, 238 pages

- *Les figures du juge administratif*, sous la dir. de C. Teitgen-Colly, LGDJ, Paris, 2015, 165 pages

- *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000,* L'Harmattan 2002, 289 pages

- *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, sous la dir. de G. Bigot et M. Bouvet, Litec, Paris, 2004, 347 pages

- *Théorie des contraintes juridiques*, sous la dir. de M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorczyk, LGDJ, Paris, 2005, 203 pages

- *Traité de droit administratif*, sous la dir. de P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, Dalloz, Paris, 2011, 2 tomes

Rapports :

- *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, 22 avril 2012, 221 pages

- *Rapport public du Conseil d'État*, *Réflexions sur l'intérêt général*, La Documentation Française, Paris, 1999, 449 pages

- *Rapport public du Conseil d'État sur les autorités administratives indépendantes*, La Documentation Française, Paris, 2001, 470 pages

- *Rapport public du Conseil d'État sur le droit souple*, La Documentation Française, Paris, 2013, 297 pages

- COHEN (M.) et PASQUINO (P.), *La motivation des décisions de justice, entre épistémologie sociale et théorie du Droit,* Rapport final, avril 2013, 163 pages

Recueils :

- *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Charles Leben, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2002, 668 pages

- *Grands Arrêts du Contentieux Administratif*, 4e éd., Dalloz, Paris, 2014, 1400 pages

- *Grands Arrêts du Contentieux Administratif*, 5e éd., Dalloz, Paris, 2016, 1466 pages

- *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 18e éd., 2011, Dalloz, Paris, 1009 pages

- *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 19e éd., 2013, Dalloz, Paris, 1033 pages

- *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 20e éd., 2015, Dalloz, Paris, 996 pages

- *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 21e éd., 2017, Dalloz, Paris, 1018 pages

- *Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, 17e éd., 2013, Dalloz, Paris, 656 pages

- *Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, 18e éd., 2016, Dalloz, Paris, 930 pages

Répertoires :

- *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, Paris.

Thèses :

- AUBERT (C.), *Le Délai du Recours pour excès de pouvoir*, Imprimerie Pfeiffer et Assant, Alger, 1937, 97 pages

- BATAILLER (F.), *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1966, 675 pages

- BELAID (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, Paris, 1974, 360 pages

- BERARD (L.), *La Notion d'Intérêt dans le recours pour Excès de Pouvoir*, Domat-Montchrestien, Paris, 1932, 123 pages

- BLANCO (F.), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de*

l'excès de pouvoir, thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 2010, 693 pages

- BOUSTA (R.), *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, Paris, 2010, 566 pages

- BOUVET (M.), *Le Conseil d'État sous la Monarchie de Juillet*, LGDJ, Paris, 2001, 696 pages

- BRISSON (J-F), *Les recours administratifs en droit public français*, LGDJ, Paris, 1996, 494 pages

- CANEDO (M.), *Le mandat administratif*, LGDJ, Paris, 2001, 876 pages

- CHAPUS (R.), *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, Paris, 1953, 583 pages

- CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, Paris, 1970, 317 pages

- CLAEYS (A.), *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, thèse, non-publiée, 2005, 1187 pages, 2 tomes

- COQ (V.), *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, L'Harmattan, Paris, 2015, 659 pages

- CRUCIS (H.-M.), *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative*, LGDJ, Paris, 1991, 377 pages

- DELANLSSAYS (T.), *La motivation des décisions juridictionnelles du Conseil d'État*, Mémoire, Université de Lille II, année universitaire 2009/2010, 181 pages

- DI QUAL (L.), *La compétence liée*, LGDJ, Paris, 1964, 626 pages

- DUBISSON (M.), *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, Paris, 1958, 281 pages

- FORTSAKIS (T.), *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1987, 542 pages

- FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe siècle au XXe siècle*, Dalloz, Paris, 2003, 805 pages

- FRACHON (H.), *Écrire l'histoire du droit administratif,* Paris, dactyl., 2013, 551 pages

- GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, Paris, 1972, ré-impression LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2014, 321 pages

- GLINEUR (C.), *Genèse d'un droit administratif sous le règne de Louis XV. Les pratiques de l'intendant dans les provinces du Nord (1726-1754)*, Presses Universitaires d'Orléans, 2005, 450 pages

- GUGLIELMI (G.), *La notion d'Administration publique dans la théorie juridique française, de la révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, LGDJ, Paris, 1991, 378 pages

- HENRY (J.-P.), *La dualité de fonction du recours pour excès de pouvoir envisagée à partir de la notion d'intérêt*, thèse, Montpellier, dactyl., 1975, 355 pages
- KORNPROBST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir,* LGDJ, Paris, 1959, 393 pages

- LAMARQUE (J.), *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, LGDJ, Paris, 1960, 577 pages

- LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, LGDJ, Paris, 1962, 196 pages

- LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, Paris, 2011, 586 pages

- LE ROY (M.), *L'extension du bloc de légalité administrative*, thèse, non-publiée, Tours, 2007, 519 pages

- LINOTTE (D.), *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse, dactyl., 451 pages

- LOSCHAK (D.), *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, Paris, 1972, 349 pages

- MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, Paris, 2003, 766 pages

- MALHIERE (F.), *La brièveté des décisions de justice. (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, Dalloz, Paris, 2013, 665 pages

- MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Paris, 2004, 910 pages

- MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, Paris, 2001, 466 pages

- MESTRE (A.), *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration (Études sur le recours pour excès de pouvoir)*, LGDJ, Paris, 1974, 312 pages

- MESTRE (J.-L), *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, LGDJ, Paris, 1976, 597 pages

- REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, Economica, Paris, 1992, 389 pages

- ROUVIERE (J.), *Le Conseil d'État, juridiction de cassation*, Librairies Techniques, Paris, 1958, 276 pages

- SANDEVOIR (P.), *Études sur le recours de pleine juridiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative,* LGDJ, Paris, 1964, 459 pages

- SERRAND (P.), *L'acte de gouvernement (Contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État)*, thèse, dactyl., 1996, 772 pages

- SFEZ (L.), *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1966, 520 pages

- TRUCHET (D.), *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, Paris, 1977, 394 pages

- VELLEY (S.), *Les origines du principe de légalité en droit public français*, thèse, Paris, dactyl., 1988, 437 pages

B. Sur le droit anglais

Dictionnaires :

- *Black's Law Dictionary*, sous la dir. de J. R. Nolan et J. M. Nolan-Haley, 6e éd., West Publishing Co, Saint-Paul, 1990

- *Black's Law Dictionnary.*, sous la dir. de B. Garner, 4e éd, West Publishing, Saint-Paul, format poche, 2011

- *Dahl's Law Dictionary/Dictionnaire juridique Dahl*, 3e éd., sous la dir. de H. S. Dahl, Dalloz, Paris, 2007

Dossiers :

- *Brexit, RDP* n°2, 2017, pp. 251-308

- *La Cour suprême du Royaume-Uni*, *RFDA* n°2, 2017, pp. 213-228

- *Le Royaume-Uni de Tony Blair*, *Revue pouvoirs*, n°93, 2000

Mélanges :

- *Administrative Law in a Changing State. Essays in Honour of Mark Aronson*, sous la dir. de L. Pearson, C. Harlow et M. Taggart, Hart Publishing, Oxford, 2008, 417 pages

- *A Simple Common Lawyer. Essays in Honour of Michael Taggart*, sous la dir. de D. Dyzenhaus, M. Hunt et G. Huscroft, Hart Publishing, 2009, 334 pages

- *Law and Administration in Europe, Essays in Honour of Carol Harlow*, sous la dir. de P. Craig et R. Rawlings, OUP, Oxford, 2003, 304 pages

- *Tom Bingham and the transformation of the law, A liber Amicorum*, sous la dir. de M. Andenas et D. Fairgrieve, OUP, Oxford, 2009, 970 pages

- *The Golden Metwand and the Crooked Cord. Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC*, sous la dir. de C. Forsyth et I. Hare, Clarendon Press, Oxford, 1998, 355 pages

Monographies :

- ALLEN (C.K.), *Law and Orders. An inquiry into the nature and scope of delegated legislation and executive powers in England*, 1ere éd., Stevens & Sons, Londres, 1945, 385 pages

- ALLEN (C.K.), *Law and Orders. An inquiry into the nature and scope of delegated legislation and executive powers in England*, 3e éd., Stevens & Sons, Londres, 1965, 412 pages

- ARTHURS (H.W.), *'Without the Law'. Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, University of Toronto Press, Toronto, 1985, 312 pages

- BARANGER (D.), *Écrire la Constitution non-écrite, une introduction au droit politique britannique*, PUF, Paris, 2008, 315 pages

- BEAUTE (J.), *Un grand juriste anglais : Sir Edward Coke (1552-1634) ses idées politiques et constitutionnelles*, PUF, Paris, 1975, 232 pages

- BELL (J.), *Policy arguments in judicial decisions*, Clarendon Press, Oxford, 1983, 283 pages

- BINGHAM (T.), *The Rule of Law*, Penguin Book, Londres, 2010, 213 pages

- CARR (C), *Concernant English Administrative Law*, Columbia University Press, New York, 1941, 189 pages

- CHASSAIGNE (P.), *Histoire de l'Angleterre des origines à nos jours*, Éditions Flammarion, Paris, 2008, 608 pages

- CRAIG (P.), *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Clarendon Press, Oxford, 1990, 440 pages

- DAVID (R.), *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1948, 479 pages

- DAVIES (A.C.L.), *The Public Law of Governments Contracts*, OUP, Oxford, 2008, 343 pages

- DE LOLME (J.-L), *Constitution de l'Angleterre*, 3e éd., Dalloz, Paris, 2008, ré-impression de l'ouvrage de 1822, 332 pages

- DENNING (A.), *Freedom Under the Law*, Stevens & Sons, Londres, 1949, 126 pages

- DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, 8e éd., Macmillan, 1915, ré-imprimé par Liberty Fund, 1982, 436 pages

- DOWRICK (F.E.), *Justice according to the English Common Lawyers*, Butterworths, Londres, 1961, 251 pages

- ELLIOTT (M.), *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford, 2001, 260 pages

- FATIMA (S.), *Using International Law in Domestic Courts*, Hart Publishing, Oxford, 2005, 447 pages

- GALLIGAN (D.J.), *Discretionary Powers : a legal study of official discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1990, 401 pages

- GRIFFITH (J.A.G.), *The politics of the Judiciary*, 5e éd., Harper Collins, Londres, 1997, 376 pages

- HALLIDAY (S.), *Judicial Review and Compliance with Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004, 188 pages

- HENDERSON (E.), *Foundations of English Administrative Law, Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century*, Harvard University Press, Cambridge, 1963, 204 pages

- HOLDSWORTH (W.), *A History of English Law*, Methuen & Co. Ltd., Londres, 1956-1972, 17 volumes

- HUNT (M.), *Using Human Rights Law in English Courts*, Hart Publishing, Oxford, 1997, 431 pages

- JACKSON (P.), *Natural Justice*, 2e éd., Sweet & Maxwell, Londres, 1979, 223 pages

- LEVY-ULLMANN (H.), *Le système juridique de l'Angleterre*, LGDJ, Paris, 1928, ré-édition 1999, 574 pages

- MacCORMICK (N.), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 2003, ré-impression de 1978, 298 pages

- MacCORMICK (N.) et WEINBERGER (O.), *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, LGDJ, Paris, 1992, 237 pages

- MARSHALL (H.H.), *Natural Justice*, Sweet & Maxwell, Londres, 1959, 201 pages

- NORDON (P.), *Histoire des doctrines politiques en Grande-Bretagne*, PUF, Paris, 1966, 126 pages

- POLLOCK (F.), *The Expansion of the Common Law*, Stevens & Sons, Londres, 1904, 164 pages

- ROBSON (W.), J*ustice and Administrative Law. A strudy of the British Constitution*, MacMillan and Co., Londres, 1928, 346 pages

- SEDLEY (S.), *Lions Under the Throne. Essays on the History of English Public Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, 295 pages

- WALKER (G.), *The Rule of Law. Foundation of Constitutional Democracy*, Melbourne University Press, 1988, 501 pages

- WOOLF (H.) et WOOLF (J.), *The Declaratory Judgment*, Sweet & Maxwell, Londres, 2011, 341 pages

Ouvrages collectifs :

- *Administrative Law and Government Action*, sous la dir. de G. Richardson et H. Genn, Clarendon Press, Oxford, 1994, 362 pages

- *Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons*, sous la dir. de P. Leyland et T. Woods, Blackstone Press Limited, 1997, 484 pages

- *Effective Judicial Review : A Cornerstone of Good Governance* sous la dir. C. Forsyth, M. Elliott, S. Jhaveri, M. Ramsden et A. Scully-Hill, OUP, Oxford, 2010, 452 pages

- *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act*, sous la dir. de H. Fenwick, G. Phillipson et R. Masterman, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 455 pages

- *Judicial Review*, 3e éd., sous la dir. de M. Supperstone, J. Goudie et P. Walker, Lexis Nexis Butterworths, Londres, 2005, 729 pages

- *Judicial Review. A Thematic Approach*, sous la dir. de B. Hadfiel, Gill & Macmillan, Dublin, 1995, 408 pages

- *Judicial Review and Bureaucratic Impact. International and Interdisciplinary Perspectives*, sous la dir. de M. Hertogh et S. Halliday, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 315 pages

- *Judicial Review of Administrative Action in the 1980s. Problem and Prospects*, sous la dir. de M. Taggart, OUP, Oxford, 1986, 208 pages

- *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, sous la dir. de E. Palmer, Hart Publishing, Oxford, 2009, ré-impression de 2007, 345 pages

- *Law, Society and Economy. Centenary Essays for the London School of Economics and Political Science* 1895-1995, sous la dir. R. Rawlings, Clarendon Press, Oxford, 1997, 385 pages

- *New Directions in Judicial Review. Current Legal Problems*, sous la dir de J. Jowell et D. Oliver, Stevens & Sons, Londres, 1988, 96 pages

- *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, sous la dir. de N. Bamforth et P. Leyland, Hart Publishing, Oxford, 2003, 433 pages

- *Sovereignty in Transition*, sous la dir. de N. Walker, Hart Publishing, Oxford, 2003, 556 pages

- *The British Constitution in the Twentieth Century,* sous la dir. de V. Bogdanor, Oxford University Press, Oxford, 2003, 795 pages

- *The Changing Constitution*, 7e éd., sous la dir. de J. Jowell et D. Oliver, OUP, Oxford, 2011, 428 pages

- *The Changing Constitution*, 8e éd., sous la dir. de J. Jowell, D. Oliver et C. O'Cinneide, OUP, Oxford, 2015, 420 pages

- *The Province of Administrative Law*, sous la dir. de M. Taggart, Hart Publishing, Oxford, 1997, 374 pages

Rapports :

- *A Guide to Judicial Review of Administrative Decisions*, The Judge over Your Shoulder, 2005

- *Administrative Law : Judicial Review and Statutory Appeals*, Law Com n°226, HC 669, 191 pages

- *Citizen Redress : What citizens can do if things go wrong with public services*, rapport du National Audit Office, HC 21 Session 2004-2005, mars 2005

- *Current issues in administrative justice : Examining administrative review, better initial decisions, and tribunal reform*, produit par Robert Thomas et Joe Tomlinson pour le Economic and Social Research Council Impact Acceleration Account, 23 pages

- *Ibbs Report, improving Management in Government : The Next Steps*, HMSO, Londres, 1988

- *Judicial Review : A short guidance to claims in the Administrative Court,* Research Paper, 06/44, Library House of Commons, 28 septembre 2006

- *Judicial review and the Rule of Law : An Introduction to the Criminal Justice and Courts Act* 2015, Part 4, par le Bingham Center for the Rule of Law, JUSTICE et le Public Law Project, Octobre 2015, 63 pages

- *Mediation and Judicial Review : An empirical research study*, Rapport du Public Law Project, juin 2009

- *Rapport britannique lors de la rencontre entre des membres de Hautes juridictions d'Outre-Manche et de membres du Conseil d'Etat*, *EDCE* 1987, pp. 239-270

- *Report of the Donoughmore Committee on Minister's Powers*, Cmnd 4050 (1932)

- *The Administrative Court. Judicial Review Guide 2016*, HM Courts & Tribunals Service, Juillet 2016, 152 pages

- *The Values and Effets of Judicial Review : The Nature of Claims, their Outcomes and Consequences*, produit par V. Bondy, L. Platt et M. Sunkin, pour le Public Law Project, Octobre 2015, 71 pages

- *Transforming Public Services : Complaints, Redress and Tribunals*, rapport du Department of Constitutional Affairs, CM 6243, juillet 2004

Recueil d'articles :

- *Judicial Review and the Constitution*, sus la dir. de C. Forsyth, Hart Publishing, Oxford, 2000, 442 pages

Thèses :

- ALLISON (J.W.F.), *A continental distinction in the common law. A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 270 pages

- ANCEL (M.), *La « Common Law » d'Angleterre*, Rousseau, Paris, 1927, 223 pages

- BOUSSARD (J.-L), *L'enquête publique en Angleterre. Un moyen politico-juridique de contrôler l'Administration*, PUF, Paris, 1969, 163 pages

- GARREAU (R.), *Le « Local government » en Grande-Bretagne*, LGDJ, Paris, 1959, 261 pages

- TIXIER (G.), *Le contrôle judiciaire de l'administration anglaise. Contentieux de la légalité*, Dalloz, Paris, 1954, 191 pages

C. Droit comparé et comparaison

Dossiers :

- *Rencontre franco-britannique sur le contentieux administratif*, *EDCE* 1987, pp. 239-270

- *L'Europe : Rencontre entre la Chambre des Lords et le Conseil d'État*, *EDCE* 1992, pp. 263-332

– *Penser par cas*, *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 2014, n°2, pp. 5-171

Mélanges :

– *Introduction à l'étude du droit comparé : recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, LGDJ, Paris, 1938, 3 tomes

– *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, Paris, 2013, 1061 pages

– *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Société de Législation Comparée, Paris, 1999, 362 pages

– *Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, LGDJ, Paris, 1974, 597 pages

– *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé, Dalloz & Sirey, Paris, 1960, 596 pages

Monographies :

– ATIYAH (P.S.) et SUMMERS (R.), *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1987, 448 pages

– BARAK (A.), *Proportionality. Constitutional Righst and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 611 pages

– BJORGE (E.), *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, OUP, Oxford, 2015, 264 pages

– BONNARD (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, 1934, Ré-édition Dalloz, Paris, 2006, 266 pages

– CAPPELLETTI (M.), *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989, 417 pages

– CASSESE (S.), *La construction du droit administratif, France et Royaume-Uni*, Montchrestien, Paris, 2000, 155 pages

– DAVID (R.), *English Law and French Law, A Comparison in Substance*, Stevens & Sons, Londres, 1980, 223 pages

– DAVID (R.), *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, Paris, 1982, 362 pages

– DREYFUS (F.), *L'invention de la bureaucratie, servir l'état en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIIe-XXe siècle)*, Éditions la découverte, Paris, 2000, 290 pages

– FAIRGRIEVE (D.) et MUIR WATT (H.), *Common law et tradition civiliste : convergence*

ou concurrence, PUF, Paris, 2006, 62 pages

- FAIRGRIEVE (D.), GUYOMAR (M.), STIRN (B.), *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, éd. Odile Jacob, Paris, 2006, 300 pages

- GARAPON (A.) et PAPADOPOULOS (I.), *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et common law,* Odile Jacob, Paris, 2003, 322 pages

- GLASSON (E.), *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, comparés au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours*, A. Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1883, 927 pages

- HAMSON (C.J), *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration, Considérations sur le Conseil d'État statuant au contentieux*, LGDJ, Paris, 1958, 237 pages

- LEROUX (E.), *Le pragmatisme Américain et Anglais. Étude historique et critique*, F. Alcan, Paris, 1922, 333 pages

- MORIN (J.-Y.), *L'État de droit : émergence d'un principe de droit international*, Hague Academy of International Law, La Hague, 1996, 462 pages

- RIVERO (J.), *Cours de droit administratif comparé. Années 1954-1955* ; *1956-1957* ; *1957-1958*, Les Cours de Droit, Paris

- SCHWARTZ (B.), *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, New York, 1954, 367 pages

- SCHWARTZ (B.) et WADE (H.W.R.), *Legal Control of Government. Administrative Law in Britain and the United States*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1972, 349 pages

Ouvrages collectifs :

- *A Special Relationship ? American Influences on Public Law in the UK*, sous la dir. de I. Loveland, Clarendon Press, 1995, 332 pages

- *Comparative Administrative Law*, sous la dir. de S. Rose-Ackerman et P. L. Lindseth, E. Elgar, Cheltenham, 2010, 668 pages

- *Comparative Law Before the Courts*, sous la dir. G. Canivet, M. Andenas et D. Fairgrieve, The British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2004, 319 pages

- *Comparer les droits, résolument*, sous la dir. de P. Legrand, PUF, France, 2009, 630 pages

- *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, sous la dir. J. M. Smits, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, 821 pages

- *General Principles of Law. European and Comparative Perspectives*, sous la dir. S. Vogenauer et S. Weatherill, Hart Publishing, Oxford, 2017, 418 pages

- *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, sous la dir. de F. Melleray, Bruylant, Bruxelles, 2007, 374 pages

- *L'État actuel et les perspectives du droit administratif européen*, sous la dir de Jürgen Schwarze, Bruylant, Bruxelles, Collection Droit Administratif – Administrative Law, 2010, 364 pages

- *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, sous la dir. de J.-B. Auby et M. Freedland, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2004, 250 pages

- *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens. Étude comparative*, sous la dir. de G. Braibant, N. Questiaux et C. Wiener, éd. Cujas, Paris, 1973, 325 pages

- *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, sous la dir. de A. Antoine, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, 320 pages

- *Le raisonnement juridique*, sous la dir de Hubert Hubien, Bruylant, Bruxelles, 1997, 601 pages

- *Legitimate Expectations in the Common Law World*, sous la dir. de M. Groves et G. Weeks, Hart Publishing, Oxford, 2017, 368 pages

- *Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée,* sous la dir. de la Société de Législation Comparée, LGDJ, Paris, 1969, 2 tomes

- *New perspectives for a common law of Europe/Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, sous la dir. de M. Cappelletti, Bruylant, Bruxelles, 1978, 406 pages

- *Public Law Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, sous la dir. de J. Bell, M. Elliott, Jason NE Varuhas et P. Murray, Hart Publishing, Oxford, 2016, 448 pages

- *Traité de droit administratif européen*, 2e éd., sous la dir. de J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, Bruylant, Bruxelles, 2014, 1356 pages

- *The Judge and the Proportionate Use of Discretion. A comparative study*, sous la dir. de S. Ranchordas et B. de Waard, Routledge, Londres, 2016, 207 pages

- *The Scope and Intensity of Substantive Review. Traversing Taggart's Rainbow*, sous la dir. de H. Wilberg et M. Elliott, Hart Publishing, Oxford, 2015, 444 pages

- *Un droit administratif global ? A Global Administrative Law ?*, sous la dir. de C. Bories, éd. Pedone, Paris, 2012, 394 pages

Rapports :

- *L'Unesco et le Droit comparé*, *RIDC* 1949, pp. 118-121

- *Le principe de légalité dans une société libre*, sous la dir. de N. Marsh, Commission Internationale de Juristes, Genève, 1959, 370 pages

- *VIIIe Colloque juridique franco-britannique* (Paris, 3-4 décembre 1976), *RIDC*, 1977 pp. 398-412

Thèses :

- CARPANO (E.), *État de droit et droits européens*, L'Harmattan, Paris, 2005, 662 pages
- FLOGAÏTIS (S.), *Administratif Law et Droit Administratif*, LGDJ, Paris, 1986, 250 pages
- GALEOTTI (S.), *The Judicial Control of Public Authorities in England and in Italy*, Stevens & Sons Limited, 1954, 253 pages
- HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, Paris, 2002, 739 pages
- JORDAO (E.), *Le juge et l'administration. Entre le contrôle et la déférence*, Bruylant, Bruxelles, 2016, 618 pages
- LEFEBURE (M.*), Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, LGDJ, Paris, 1961, 197 pages
- PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, thèse, Dalloz, Paris, 2013, 1293 pages
- VILLAIN-COURRIER (A.-E), *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Dalloz, Paris, 2004, 723 pages
- VISRUTPICH (V.), *Le contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les autorités administratives en droit français et anglais*, thèse, dactyl., 1991, 413 pages
- XYNOPOULOS (G.), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité : en France, Allemagne et Angleterre,* LGDJ, Paris, 1995, 463 pages

D. Droit européen

Histoire :

- HALEVY (E.), *Histoire du socialisme européen*, Gallimard, Paris, 2006, ré-impression de la 2e éd., 1974, 408 pages
- TOUCHARD (J.), *Histoire des idées politiques,* 2e éd., PUF, Paris, 2005, 870 pages

Ouvrages collectifs :

- *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. F. Sudre,

Bruylant, Bruxelles, 1998, 354 pages

- *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la dir. de F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, Bruylant, Bruxelles, 2012, 308 pages

- *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, sous la dir. de E. Ellis, Hart Publishing, Oxford, 1999, 224 pages

Répertoires :

- *Répertoire de droit international, Rubrique Droit international et juridiction administrative,* Dalloz, Paris

Thèses :

- MUZNY (P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, 2 tomes, PUAM, Aix-en-Provence, 2005, 734 pages

- SERMET (L.), *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, thèse, Economica, Paris, 1996, 450 pages

III. Articles et notes

A. Sur le droit français

- ABRAHAM (R.), « Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français », *RFDA* 1990, pp. 1053-1064

- ABRAHAM (R.), « Les traités en droit interne », *EDCE* 1992, pp. 279-286

- AGOSTINI (E.), « L'équité », *Dalloz* 1978, pp. 7-12

- ALLAND (D.), « Le juge interne et les « conflits de traités » internationaux », *RDFA* 2012, pp. 26-37

- ALLEN (C.K.), « Audi Alteram Partem in France », *PL* 1980, pp.288-302

- AMSELEK (P.), « Le service public et la puissance publique », *AJDA* 1968, pp. 492-514

- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA* 2002, pp. 124-138

– ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) et SERMET (L.), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2001, pp. 1256-1276

– ARTUR (E.), « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP* 1900-1903, 10 articles

– AUBY (J.-B.), « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », pp. 3-16 in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992

– AUBY (J.-B.), « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001, pp. 912-926

– AUBY (J.-B.), « Rédaction des jugements », *DA* 2012, n°6, repère 6

– AUBY (J.-F.), « Le déclin de la spécificité juridique des services publics industriels et commerciaux locaux », *AJDA* 1981, pp. 508-512

– AUBY (J.-M.), « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », *AJDA* 1981, pp. 5-13

– AUBY (J.-M.), « L'incompétence *ratione temporis*. Recherche sur l'application des actes administratifs dans le temps », *RDP* 1953, pp. 5-60

– AUCOC (L.), « Des recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'État », *Extrait du compte-rendu de l'Académie des Sciences morales et politiques*, Paris, 1878, 52 pages

– AUCOC (L.), « Le Conseil d'État et les recours pour excès de pouvoirs », *Revue des deux mondes*, t. 29, 1878, pp. 5-31

– AUVRET-FINCK (J.), « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *RDP* 1995, pp. 131-174

– BACHINI (B.) et TROUILLY (P.), « Les procédures contradictoires dans le code des relations entre le public et l'administration : de la clarté dans la continuité », *RFDA* 2016, pp. 23-26

– BACOT (G.), « L'Esprit des lois, la séparation des pouvoirs et Charles Eisenmann », *RDP* 1992, pp. 617-652

– BAILLEUL (D.), « L'article L.600-4-1 du Code de l'urbanisme : une tentative avortée d'abandon de l'économie de moyens », *Les Petites Affiches* juin 2004, pp. 13-17

– BALLANDRAS-ROZET (C.), « Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir », *AJDA* 2007, pp. 2236-2242

– BARANGER (D.), « Retour sur l'affaire *Dieudonné* », *RFDA* 2014, pp. 525-530

– BARANGER (D.), « L'état d'urgence dans la durée », *RFDA* 2016, pp. 447-454

– BARJOT (A.), « Le recours en cassation devant le Conseil d'État. Sa place par rapport au

recours pour excès de pouvoir et au recours en cassation devant la Cour de Cassation », *EDCE* 1951, pp. 64-76

- BARRAUD (B.), « Les sources du droit administratif. Évolutions et actualité de l'« exception administrative » », *RA* 2013, pp. 497-505

- BASSET (A.), « De la clause exorbitante au régime exorbitant du droit commun (à propos de l'arrêt du *T. confl. 13 octobre 2014, Sté Axa France IARD, n°3963*) », *RDP* 2015, pp. 869-879

- BERNARD (M.), « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *AJDA* 1995, numéro spécial, pp. 190-199

- BERTHIER (L.), « Regards européens sur l'idée de qualité des décisions de la justice administrative », *RFDA* 2008, pp. 245-251

- BERTHIER (L.) et CAIRE (A.-B.), « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme. De l'intime conviction des jurys d'assises à la conviction des destinataires des décisions de justice », *RFDA* 2009, pp. 677-688

- BEZZINA (A.-C.), « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC! », *RFDA* 2014, pp. 735-752

- BIGOT (G.), « La dictature administrative au XIXe siècle : théorie historique du droit administratif », *RFDA* 2003, pp. 435-441

- BIGOT (G.), « Les faillites conceptuelles de la notion de service public », *RFDA* 2008, pp. 1-6

- BLANCO (F.), « La puissance publique : un Lazare contentieux ? », pp. 127-168, in *La puissance publique*, sous la dir. de l'AFDA, Lexis Nexis, Paris, 2012

- BLANCO (F.), « Du juge censeur au juge correcteur. La réfection-interprétation dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2014, pp. 1722-1725

- BOITEAU (C.), « Vers une définition du service public ? », *RFDA* 2007, pp. 803-811

- BONICHOT (J.-C.), « Vers une plus grande sécurité juridique ? », *BJDU* 2000, n°6, pp. 403-407

- BONNARD (R.), « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP* 1923, pp. 363-392

- BOTTEGHI (D.) et LALLET (A.), « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *AJDA* 2011, pp. 156-161

- BOUDON (J.), « La réforme du Tribunal des conflits », *RDP* 2014, pp. 1579-1589

- BOUILLON (H.), « Pour une subjectivisation de l'annulation partielle des actes administratifs unilatéraux », *AJDA* 2017, pp. 217-225

- BOUL (A.) et DURANTHON (A.), « Et *Peyrot* périt : oraison funèbre d'un quinquagénaire incompris », *Les Petites Affiches*, juin 2015, n°123, pp. 15-21

- BOULOUIS (J.), « Supprimer le droit administratif ? », *Revue Pouvoirs* 1988, pp. 5-12

- BOUSSARD (S.), « L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du « service public par nature », *RFDA* 2008, pp. 43-49

- BORCHARD (E.M.), « French Administrative Law », *Iowa Law Review* 1933, pp. 133-143

- BORDIER (D.), « Variations en mineur sur l'excès de pouvoir », *AJDA* 2011, pp. 368-374

- BRACONNIER (S.), « Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique », *RDP* 2014, pp. 261-275

- BRAIBANT (G.), « L'arrêt « Syndicat général des ingénieurs-conseils » et la théorie des principes généraux du droit », *EDCE* 1962, pp. 67-71

- BRAIBANT (G.), « Perspectives », *RA* 2001, numéro spécial n°3, pp. 198-206

- BREEN (E.), « Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann : une controverse sur les fondements du droit administratif », *RFDA* 2002, pp. 232-243

- BREMOND (J.-X.), « Des actes de gouvernement », *RDP* 1896, pp. 24-75

- BRENET (F.), « Abandon pour l'avenir de la jurisprudence *Peyrot* », *DA* Mai 2015, pp. 37-41

- BROYELLE (C.), « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *DA* Mars 2004, pp. 8-14

- BROYELLE (C.), « Retour sur l'affaire *Dieudonné* », *RFDA* 2014, pp. 521-524

- CAILLOSSE (J.), « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999, pp. 195-211

- CAMBY (J.-P.), « L'intérêt du parlementaire à agir devant le juge administratif », *RDP* 2013, pp. 97-106

- CAMPBELL (C.D), « The nature of power as public in English judicial review »,*CLJ* 2009, pp. 90-117

- CANEDO-PARIS (M.), « La jurisprudence *Société Entreprise Peyrot* : stop ou encore ? », *RFDA* 2015, pp. 32-46

- CANS (C.), « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité », *RFDA* 1999, pp. 750-762

- CARPENTIER (E.), « L' « acte de gouvernement » n'est pas insaisissable », *RFDA* 2006, pp. 661-677

– CARPENTIER (E.), « Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement », *AJDA* 2015, pp. 799-805

– CARPENTIER (E.), « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir en matière d'autorisations d'urbanisme ? », *RDP* 2015, pp. 605-620

– CASSIA (P.), « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre ds juges n'a pas eu lieu », *RFDA* 2002, pp. 20-32

– CASSIA (P.) et SAULNIER (E.), « Le Conseil d'État et la Convention Européenne des droits de l'homme », *AJDA* 1997, pp. 411-420

– Note de P. Cassia sous CE, Ass., 23 décembre 2011, *Dantony et autres*, rec. 649 et CE, Sect., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, rec. 653, *RFDA* 2012, pp. 296-305

– CASSESE (S.), « Une des formes de l'État nouveau du monde. Réflexions sur le droit administratif français », *AJDA* 1995, numéro spécial, pp. 167-172

– CAUDAL (S.), « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *RFDA* 2001, pp. 13-29

– CAZABAN (F.), « Jean Rivero, comparatiste », *RFDA* 2009, pp. 1066-1079

– Note de J.-P. Céré sous CE, 12 mars 2003, *Frérot*, rec. 121, *RFDA* 2003, pp. 1012-1016

– CHABANOL (D.), « Contrôle de légalité et liberté de l'administration », *AJDA* 1984, pp. 14-17

– CHABANOL (D.), « L'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme, une réponse dangereuse à un problème à la mode », *AJDA* 2001, pp. 216-218

– CHAPUS (R.), « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *Dalloz* 1958, chron., pp. 5-10

– CHAPUS (R.), « De la soumission au droit des règlements autonomes », *Dalloz* 1960, pp. 119-126

– CHAPUS (R.), « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des règles jurisprudentielles en droit administratif », *Dalloz* 1966, pp. 99-106

– CHAPUS (R.), « Le service public et la puissance publique », *RDP* 1968, pp. 235-282

– CHAPUS (R.), « L'administration et son juge. Ce qui change », *EDCE* 1991, pp. 259-276

– CHAPUS (R.), « Marcel Waline et la théorie du contentieux administratif », *RDP* 2002, pp. 947-953

– CHAPUS (R.), « Georges Vedel et l'action d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une administration de la justice », *RDP* 2003, pp. 3-17

- CHARITE (M.), « Vivante, notre étoile brille toujours. À propos du recours pour excès de pouvoir contre les actes réglementaires », *AJDA* 2016, pp. 1334-1340

- CHAUVAUX (D.) et GIRARDOT (T.-X.), « Place de la coutume internationale en droit interne », *AJDA* 1997, pp. 570-575

- CHAUVET (C.), « Que reste-t-il de la « théorie » des mesures d'ordre intérieur », *AJDA* 2015, pp. 793-798

- CHENOT (B.), « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE* 1950, pp. 77-83

- CHENOT (B.), « L'existentialisme et le Droit », *RDP* 1953, pp. 57-68

- CHEVALLIER (J.), « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA* 1972, pp. 67-89

- CHEVALLIER (J.), « Les fondements idéologiques du droit administratif français », pp. 3-57 in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Volume II, PUF, Paris, 1979

- CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *RDP* 1988, pp. 318-380

- CHEVALLIER (J.), « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Revue Pouvoirs* 1988, pp. 57-70

- CHEVALLIER (J.), « Réflexions sur l'arrêt « Cadot » », *Droits* 1989, n°9, pp. 79-91

- CHEVALLIER (J.), « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP* 1990, pp. 1651-1677

- CHEVALLIER (J.), « Le droit administratif vu de la science administrative », *RFDA* 2013, pp. 401-403

- CLAEYS (A.), « La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir », pp. 299-321 in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, Paris, 2007

- COLIN (F.), « L'utilisation des indices concordants en droit administratif », *AJDA* 2007, pp. 18-23

- COLLET (M.), « Autorités de régulation et procès équitable », *AJDA* 2007, pp. 80-84

- CORBEL (M.-P.), « L'annulation partielle des actes administratifs », *AJDA* 1972, pp. 138-151

- COSTA (D.), « L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », *RFDA* 2005, pp. 1174-1182

- COSTA (D.), « Des directives aux lignes directrices : une variation en clairs-obscurs », *AJDA* 2015, pp. 806-810

– COSTA (J.-P.), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA* 1988, pp. 434-437

– CUMMINS (R. J.), « The general principles of law, separation of powers and theories of judicial decision in France », *ICLQ* 1986, pp. 594-628

– CYTERMANN (L.), « Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence *Crédit Foncier de France* », *RFDA* 2016, pp. 1119-1128

– DACOSTA (B.), « Contrat entre un concessionnaire d'autoroutes et une entreprise de dépannage : quel est le juge compétent ? », *AJDA* 2014, pp. 2479-2485

– DANIC (O.), « 1913-2013 : les cent ans de l'arrêt *Téry* ou un siècle de droits de la défense », *RDP* 2014, pp. 3-37

– DANTONEL-COR (N.), « Le juge judiciaire répressif et l'acte administratif unilatéral depuis la réforme du code pénal », *RSC* 1999, 17-34

– DARESTE (R.), « Études sur les origines du contentieux administratif en France », 4 articles, *RHD* 1855, pp. 24-60, pp. 239-271 ; *RHD* 1856, pp. 97-134 ; *RHD* 1857, pp. 97-141

– DARESTE (R.), « Documents sur le droit administratif en France, au XVIIIe siècle », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 1900, pp. 499-536

– DAUMAS (V.), « Le pouvoir de l'administration de régulariser ses actes illégaux : la jurisprudence en chantier », *DA* Mars 2017, pp. 23-26

– DAVID (J.), « L'arrêt *APREI*, huit ans après », *DA* Octobre 2015, pp. 12-19

– De BECHILLON (D.), « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », pp. 29-34 *in Libres propos sur les sources du droit*, *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, Paris, 2006

– De BECHILLON (D.), « Le Conseil d'État, la Convention européenne des droits de l'homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanismes. À propos de l'arrêt *Bitouzet* », *RFDA* 1999, pp. 841-847

– De LAUBADERE (A.), « Réflexions sur la crise du droit administratif français », *Dalloz* 1952, pp. 5-8

– De LAUBADERE (A.), « Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit », *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse*, t. XIV, 1968, pp. 209-228

– De SOTO (J.), « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », *EDCE* 1952, pp. 64-78

– DEAU (R.), « Les liens unissant l'erreur manifeste d'appréciation et les contrôles « entiers » en matière de droit des étrangers », *RFDA* 2005, pp. 1188-1196.

- DEBORD (F.), « Droit du travail dans le secteur public », *Revue de droit du travail* 2010, pp. 692-703

- DEBOUY (C.), « Le droit administratif français : tendances récentes », *Les Petites Affiches* 1997, n°146, pp. 4-12

- DEFOORT (B.), « L'ordre intérieur à bout de souffle », *RFDA* 2016, pp. 76-81

- DELVOLVE (P.), « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », pp. 47-70 in *Études offertes à Jean-Marie Auby,* Dalloz, Paris, 1992

- DELVOLVE (P.), « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA* 2014, pp. 1211-1217

- Note de P. Delvolvé sous CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, rec. 70, *RFDA* 2014, pp. 438-449

- Note de P. Delvolvé sous CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, rec. 208, *RFDA* 2016, pp. 754-760

- DESWARTE (M.-P.),« Intérêt général, Bien commun », *RDP* 1988, pp. 1289-1313

- DIEU (F.), « La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif ? », *AJDA* 2009, pp. 1082-1089

- DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), « Le vice, mode d'emploi », *AJDA* 2012, pp. 195-201

- DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), « Les terres mêlées du plein contentieux », *AJDA* 2012, pp. 1845-1851

- DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), « QPC : deux ans, déjà l'âge de raison ? » *AJDA* 2012, pp. 422-433

- DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), « Concentrations : affaires Canal plus, décodage », *AJDA* 2013, pp. 215-227

- DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), « Principe de précaution et théorie du bilan : mille plateaux », *AJDA* 2013, pp. 1046-1052

- DONNEDIEU de VABRES (J.), « La protection ds droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *EDCE* 1949, pp. 30-49

- DORD (O.), « Le Défenseur des droits ou la garantie rationalisée des droits et libertés », *AJDA* 2011, pp. 958-963

- DORE (F.) et NGUYÊN DUY (P.), « Le contrôle du juge administratif à l'épreuve du terrorisme. L'exemple des interdictions de sortie du territoire », AJDA 2016, pp. 886-893

- Note de J.C. Douence sous CE, Sect., 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence*, rec. 155, *RFDA*

2007, pp. 821-827

- DOUTEAU (S.), « Pour une clarification de la distinction entre moyens inopérants et moyens irrecevables en contentieux administratif », *RFDA* 2016, pp. 697-705
- DRAGO (R.), « Les origines du contentieux administratif », pp. 383-389, in *1791. La première Constitution française*, Economica, Paris, 1993

- DUBOUIS (L.), « L'arrêt *Nicolo* et l'intégration de la règle internationale et communautaire dans l'ordre juridique français », *RFDA* 1989, pp. 1000-1008

- DUCAMIN (B.), « Le style des décisions du Conseil d'État », *EDCE* 1984, pp. 129-145

- DUGUIT (L.), « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP* 1906, pp. 413-471

- DULMET (A.), « L'office du juge en contentieux des étrangers : évolution, révolution ? Réflexions d'une magistrate désarmée », *AJDA* 2016, pp. 894-898

- DUPEYROUX (O.),« La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », pp. 463-475 in *Mélanges dédiés à Gabriel Mart*y, éd. Université des sciences sociales, Toulouse, 1978

- DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.) et ODINET (G.), « Variations sur le thème de la mesure d'ordre intérieur dans la fonction publique », *AJDA* 2015, pp. 2147-2150

- EISENMANN (C.), « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE* 1957, pp. 25-40

- EMERI (C.), « L'État de droit dans les systèmes polyarchiques européens », *RFDC* 1992, pp. 27-41

- ERRERA (R.), « La juridiction administrative française et l'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *EDCE* 1992, pp. 325-332

- ETOA (S.), « L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives », *AJDA* 2012, pp. 358-365

- EVEILLARD (G.), « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA* 2010, pp. 531-539

- FABRE (F.J.) et MORIN (R.), « À propos d'une décision du Tribunal des Conflits. Quelques aspects actuels du contrôle des sociétés d'économie mixte », *RDP* 1964, pp. 767-794

- FARDET (C.), « La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général », *AJDA* 2000, pp. 115-119

- FAURE (B.), « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA* 1998, pp. 547-552

- FAVOREU (L.), « Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas valeur constitutionnelle », *RFDA* 1987, pp. 301-304

– FAVOREU (L.), « L'interprétation de l'article 55 de la Constitution », *RFDA* 1989, pp. 993-999

– FLAUSS (J.-F.), « Le juge administratif français et la Convention européenne des Droits de l'homme », *AJDA* 1983, pp. 387-401

– FORRAY (V.), « La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes », *RTD Civ* 2009, pp. 463-480

– FORT (F.-X.), « La protection de la dignité de la personne détenue », *AJDA* 2010, pp. 2249-2257

– FRAISSEIX (P.), « La « subjectivisation » du droit administratif », *Les Petites Affiches*, 2004, n°207, pp. 12-16

– FROMONT (M.), « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, num. spéc., pp. 156-166

– FRYDMAN (P.), « Les considérations d'équité en droit administratif français », pp. 47-56 in *Justice, médiation et équité*, Colloque Droit et Démocratie, sous la dir. de P. Frydman, La documentation française, Paris, 1992

– FULCHIRON (H.), « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *Dalloz* 2016, pp. 1472-1476

– GAILLET (A.), « Le Conseil d'État français : histoire d'une exportation difficile en Europe », *RFDA* 2013, pp. 793-804

– GALLET (J.-L.), « Juge judiciaire et droit administratif », *AJDA* 2013, pp. 391-395

– GALMOT (Y.), « Évolutions récentes du droit administratif français sous l'influence du droit communautaire », *EDCE* 1992, pp. 305-312

– GAUDEMET (Y.), « Les bases constitutionnelles du contentieux administratif », *RDP* 1987, pp. 1341-1352

– GAUDEMET (Y.), « Le critère du droit administratif : une question nécessaire, une réponse impossible », pp. 3-20, in *Florilège du droit public, Recueil de Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin*, Éditions La Mémoire du Droit, Paris, 2012

– GAUTIER (M.), « L'effet direct des conventions internationales », *RFDA* 2012, pp. 560-571

– GAZIER (F.), « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », *EDCE* 1951, pp. 77-83

– GENEVOIS (B.), « Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires », *RFDA* 1987, pp. 287-299

– Note de B. Genevois sous CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, rec. 190, *RFDA* 1989, pp. 824-833

- GENEVOIS (B.),« Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA* 1998, pp. 477-494

- GENEVOIS (B.), « De l'usage judicieux des principes généraux du droit », *RFDA* 1998, pp. 499-507

- GENEVOIS (B.), « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000, pp. 715-724

- GENEVOIS (B.), « Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État statuant au contentieux ou la stratégie de la persuasion », *RFDA* 2000, p. 1207-1218

- GENEVOIS (B.), « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002, pp. 877-886

- GENEVOIS (B.), « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gazette du Palais*, 10 au 12 juin 2007, pp. 1615-1620

- GIACUZZO (J.-F.), « L'arrêt *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*. Légendes, réalités...et grandeur », *AJDA* 2013, pp. 2474-2479

- GJIDARA (S.), « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *Petites affiches* 2004, n°105, pp. 3-20

- GOHIN (O.), « Le Conseil d'État et le contrôle de constitutionnalité de la loi », *RFDA* 2000, pp. 1175-1180

- GRABARCZYK (K.), « La conventionnalité du régime des sanctions administratives au regard de l'article 6, § 1 de la Convention EDH », *JCP G*, 13 mai 2009, pp. 34-37

- GROS (M.), « L'erreur de Léon Blum ? », *AJDA* 2013, pp. 1489-1492

- GUEDON (M.-J.), « La classification des moyens d'annulation des actes administratifs », *AJDA* 1978, p. 82-88

- GUEDON (M.-J.), « Régularité interne de l'acte administratif et pouvoir de substitution du juge », *AJDA* 1981, 443-451

- GUEZ (J.), « La « normalisation » du recours pour excès de pouvoir contre les circulaires et instructions administratives », *AJDA* 2005, pp. 2445-2449

- GUGLIELMI (G.), « Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif », pp. 41-49 in *Le droit administratif en mutation*, CURAPP., PUF, Paris, 1993, 321 pages

- GUGLIELMI (G.), « Le rôle du Conseil d'État dans la constitution de la distinction entre droit public et droit privé », *RFDA* 1996, pp. 305-312

- GUIBAL (M.), « De la proportionnalité », *AJDA* 1978, pp. 477-487

- GUYOMAR (M.), « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA* 2009, pp. 413-415

– HACHEM (B.), « Pour la fin de l'inhibition du pouvoir d'injonction du juge administratif », *AJDA* 2014, pp. 197-203

– HAMON (L.), « L'État de droit et son essence », *RFDC* 1990, pp. 699-712

– HAURIOU (M.), « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », *Revue générale d'administration*, t. II, 1892, pp. 385-403

– HAURIOU (M.), « Droit administratif », pp. 1-28, in *Répertoires du droit administratif par Léon Béquet*, t. XIV, 1897

– Note de M. Hauriou sous l'arrêt du TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, rec. 713, *Dalloz* 1904.III., pp. 17-20

– HAURIOU (M.), « La théorie de l'Institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », pp. 2-45 in *La Cité moderne et les transformations du droit*, sous la dir. de M. Hauriou, Bloud & Gay, Paris, 1925

– HAURIOU (M.) et DE BEZIN (G.), « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », *RTD Civ.*, 1903, pp. 543-586

– HEERS (M.), « La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ? », *RFDA* 1995, pp. 963-969

– HEILBRONNER (A.), « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », *Dalloz* 1953, pp. 183-188

– HOSTIOU (R.), « Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif », *RFDA* 2012, pp. 423-428

– HOURQUEBIE (F.), « L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice », *Les cahiers de la justice* 2014, n°2, pp. 199-217

– HOURSON (S.), « Quand le principe d'égalité limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire : le précédent administratif », *RFDA* 2013, pp. 743-754

– HUBAC (S.) et ROBINEAU (Y.), « Droit administratif : vue de l'intérieur », *Revue Pouvoirs* 1988, pp. 113-126

– HUET (P.), « La juridiction administrative gardienne de la liberté individuelle », *AJDA* 1973, pp. 507-520

– IDOUX (P.), « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA* 2010, pp. 920-930

– JACQUEMET-GAUCHE (A.), « Pouvoir d'injonction et action en déclaration de droits – Une comparaison franco-allemande », *RFDA* 2015, pp. 662-665

– JANICOT (L.), « L'identification du service public géré par une personne privée », *RFDA*

2008, pp. 67-79

- JANICOT (L.), « La qualification des sous-contrats d'occupation du domaine public. L'ininvocabilité des contrats administratifs par les tiers », *RFDA* 2012, pp. 692-706

- JANIN (P.), « La jurisprudence du bilan est-elle toujours utile ? », *Droit de l'environnement*, Novembre 2011, pp. 318-325

- JAUFFRET-SPINOSI (C.), « La structure du droit français », *RIDC* 2002, pp. 265-275

- JEANNEAU (B.), « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE* 1981-1982, pp. 33-47

- JENNEQUIN (A.), « La dignité de la personne détenue », *RFDA* 2015, p. 1082-1087

- JEZE (G.), « Exposé critique d'une théorie en faveur du Conseil d'État sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et recours de pleine juridiction », *RDP* 1908, pp. 671-690

- Note de G. Jèze sur les arrêts CE, 8 mars 1912, *Lafage* et *Schlemme*r, rec. 348, *RDP* 1912, pp. 266-294

- JEZE (G.), « De l'emploi par l'administration des procédés du droit privé pour la satisfaction des besoins d'intérêt général », *RDP* 1914, pp. 183-187

- KALFLECHE (G.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », *Les Petites Affiches* 2009, n°46, pp. 46-53

- KLOEPFER (W.), « Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle », *AJDA* 2003, pp. 585-592

- KORNPROBST (B.), « L'erreur manifeste », *Dalloz* 1965, pp. 121-124

- LABAYLE (H.), « Le contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. L'entraide judiciaire européenne au Palais Royal », *RFDA* 2003, pp. 442-469

- LABETOULLE (D.), « Le juge administratif et la jurisprudence », *RA* numéro spécial 5, 1999, pp. 59-66

- LABETOULLE (D.), « Une nouvelle réforme du droit du contentieux de l'urbanisme », *RDI* 2013, n°11, pp. 508-516

- LACHAUME (J.-F.), « La compétence suit la notion... », *AJDA* 2002, p. 77

- LACHAUME (J.-F.), « L'identification d'un service public industriel et commercial : la neutralisation du critère fondé sur les modalités de gestion du service », *RFDA* 2006, pp. 119-125

- LAFAIX (J.-F.), « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », *RFDA* 2010, pp. 1089-1113

- LAFERRIERE (E.), « Origine et développement du recours pour excès de pouvoir », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1876, pp. 303-327

- LAIDIE (Y.), « La garantie procédurale comme condition de la substitution de motifs », *AJDA* 2007, pp. 1145-1148

- LAIDIE (Y.), « Relire un compteur de la justice administrative sous la IIIe République : la rhétorique de Jacquelin », *RFDA* 2013, pp. 783-792

- LAMPUE (P.), « Le développement du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *RISA* 1954, pp. 359-392

- LANDAIS (C.) et LENICA (F.), « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *AJDA* 2004, pp. 1183-1192

- LANDAIS (C.) et LENICA (F.), « La réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par le Conseil d'État », *DA* Juin 2005, pp. 8-11

- LANDAIS (C.) et LENICA (F.), « Sécurité juridique : la consécration », *AJDA* 2006, pp. 1028-1033

- LANGELIER (E.), « Particularisation, généralisation...et particularisation du contentieux administratif : propos dubitatifs à la lumière de l'intérêt à agir », *JCP A*, n°47, 23 novembre 2015, pp. 42-48

- LANNEAU (R.) et SEE (A.), « Souplesse du droit, souplesse du juge », *DA* 2017, pp. 45-48

- LATOURNERIE (R.), « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », pp. 177-275, notamment pp. 227-239 et pp. 252-256 in *Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent-cinquantième anniversaire*, Recueil Sirey, Paris, 1952

- LATOURNERIE (R.), « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou Jouvence ? », *EDCE* 1960, pp. 61-159

- LAVIALLE (C.), « Remarques sur la définition législative du domaine public », *RFDA* 2008, pp. 491-498

- LE COSTUMER (J.-C.), « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », *Revue Droits* 2002, n°36, pp. 161-181

- LE GARS (J.), « De la manière de délier l'administration de sa compétence liée », *AJDA* 2010, pp. 1406-1411

- LEBRETON (G.), « L'émergence des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir d'après les remontrances des Parlements au XVIIIe siècle », *RDP* 1986, pp. 1599-1632

- LEGEAIS (R.), « L'utilisation du droit comparé par les tribunaux », *RIDC* 1994, pp. 347-358

- LEGENDRE (P.), « La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France », *RHD* 1974, pp. 696-732

- LELEU (T.), « La dignité de la personne humaine comme fondement des mesures de police administrative », *RFDA* 2015, pp. 883-889

- LELIEVRE (F.), « Plaidoyer pour la référence à la jurisprudence dans les motifs des décisions des juridictions administratives », *AJDA* 2009, pp. 2446-2448

- LEPETIT-COLLIN (H.) et PERRIN (A.), « La distinction des recours contentieux en matière administrative. Nouvelles perspectives », *RFDA* 2011, pp. 813-829

- LESSI (J.) et DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), « Fin d'un splendide isolement : l'abandon de la jurisprudence *Entreprise Peyrot* », *AJDA* 2015, pp. 1204-1209

- LETOURNEUR (M.), « Les « principes généraux du droit » dans la jurisprudence du Conseil d'État », *EDCE* 1951, pp. 19-31

- LETOURNEUR (M.), « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », *EDCE* 1953, pp. 66-70

- LETOURNEUR (M.), « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *EDCE* 1962, pp. 51-62

- LIET-VEAUX (G.), « L'incompétence *ratione loci* », *RA* 1964, pp. 29-32

- LINOTTE (D.), « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA* 1980, pp. 632-639

- LLORENS (F.), « La jurisprudence *Société entreprise Peyrot* : nouveau développement », *RFDA* 1985, pp. 353-363

- LOSCHAK (D.), « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *AJDA* 1981, pp. 387-392

- LOSCHAK (D.), « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? » *Revue Pouvoirs* 1988, pp. 45-55

- LYON-CAEN (A.), « Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif », *RIDC* 1997, pp. 421-425

- MADIOT (Y.), « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », pp. 353-365 in *Les orientations sociales du droit contemporain, écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, PUF, Paris, 1992

- MALAURIE (P.), « Le style des « Cours suprêmes » françaises. - Une recherche constante de l'équilibre », *JCP G*, n°23, 4 Juin 2012, pp. 1127-1132

- MAMONTOFF (C.), « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions

administratives », *RFDA* 1999, pp. 1004-1021
- MARIE (L.), « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », *RDP* 1901, 2 articles, pp. 265-296 et pp. 476-524

- MARTIN (J.), « D'une définition à l'autre : nouvelles et anciennes difficultés à identifier les clauses révélant un contrat administratif », *RFDA* 2015, pp. 23-31

- MARTINEZ-MEHLINGER (J.), « Vers l' « atomisation » du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des sanctions administratives », *RFDA* 2012, pp. 257-268

- MELLERAY (F.), « Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir », *RDP* 1998, pp.1089-1129

- MELLERAY (F.), « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », *AJDA* 2003, pp. 1961-1964

- MELLERAY (F.), « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA* 2004, pp. 1224-1229

- MELLERAY (F.), « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *JCP A.*, 25 Juillet 2005, pp. 1233-1239

- MELLERAY (F.), « En a-t-on fini avec la « théorie » des actes de gouvernement », pp. 1317-1327 in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007

- MELLERAY (F.), « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le « moment 1900 » et ses suites », *AJDA* 2014, pp. 1531-1536

- MELLERAY (F.), « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFDA* 2016, pp. 679-684

- MELLERAY (F.), « Précisions sur les modalités de contestation d'un acte de droit souple », *AJDA* 2016, pp. 2119-2122

- MERENNE (S.), « La transaction portant sur un recours pour excès de pouvoir », *AJDA* 2015, pp. 993-996

- MESCHERIAKOFF (A.S.), « L'arrêt du *Bac d'Eloka*, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *RDP* 1988, pp. 1059-1081

- MESMIN d'ESTIENNE (J.), « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire », *RFDA* 2016, pp. 545-555

- MESTRE (A.), « L'évolution du droit administratif de 1869 à 1919 », pp. 19-34, in *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919), livre du cinquantenaire de la société de législation comparée*, t. II, Société de la législation Comparée, éd. F. Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1923

- MESTRE (J.-L.), « Les fondements historiques du droit administratif français », *EDCE*

1982, pp. 63-80

- MESTRE (J.-L.), « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *EDCE* 1991, pp. 281-298

- MESTRE (J.-L.), « Aux origines du contentieux administratif », *RFDA* 1996, pp. 289-304

- MESTRE (J.-L.), « Le traitement du contentieux administratif au XVIIIe siècle », *RA* 1999, numéro spécial n°3, pp. 83-97

- MESTRE (J.-L.), « Administration, justice et droit administratif », *Annales historiques de la Révolution française* 2002, n°328, pp. 61-75

- MESTRE (J.-L.), « L'arrêt *Landrin*, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? », *RFDA* 2003, pp. 211-217

- MESTRE (J.-L.), « À propos du fondement constitutionnel de la compétence de la juridiction administrative », *RFDA* 2012, pp. 339-341

- MESTRE (J.-L.), « La nature législative du décret du 16 fructidor an III », *RFDA* 2012, pp. 915-921

- MIALOT (C.), « L'utilisation du droit comparé par le Conseil d'État, un changement dans la fabrique du droit », *AJDA* 2010, pp. 1462-1464

- MICHAUT (F.), « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », pp. 265-280 in *Théorie du droit et science*, sous la dir. de P. Amselek, PUF, Paris, 1994

- Note de F. Moderne sous CE, Sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la Région montpelliéraine*, rec. 326, *Dalloz* 1976, pp. 3-7

- MODERNE (F.), « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA* 1998, pp. 495-518

- MODERNE (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, pp. 722-742

- MODERNE (F.), « À propos du contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs dans le droit public français contemporain », *RFDA* 2008, pp. 915-919

- MORANGE (G.), « Le principe des droits de la défense devant l'Administration active », *Dalloz* 1956, pp. 123-126

- MOUTOUALLAGUIN (S.), « Le centenaire de l'arrêt *Gomel*, entre ombre et lumière », *DA* Juin 2015, pp. 13-18

- MUZNY (P.), « À quand une véritable culture des droits de l'homme en France ? », *JCP G* n°38, 2011, pp. 1638-1640

- NAIM-GESBERT (E.), « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », *Les Petites Affiches* n°46, 2009, pp. 54-61

- NIZARD (L.), « A propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner », *Dalloz* 1964, pp. 147-154

- NOGUELLOU (R.), « L'office du juge de la régulation économique », *RDP* 2014, pp. 329-339

- ODENT (R.), « Les droits de la défense », *EDCE* 1953, pp. 55-66

- ODENT (R.),« De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas », *EDCE* 1962, pp. 43-49

- OGIER-BERNAUD (V.), « Les avis du Conseil d'État relatifs aux conventions internationales en cours d'élaboration : un contrôle de constitutionnalité préventif méconnu », *Les Petites Affiches*, 22 juillet 2002, pp. 4-16

- PACTEAU (B.), « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *RA*, numéro spécial 1999, pp. 51-65

- Note de B. Pacteau, CE, 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslem*, rec. t. 820, *JCP G* 1981, n°19613

- PASBECQ (C.), « De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir », *RDP* 1980, pp. 803-849

- PAULIAT (H.), « Les convergences européennes dans le déroulement du procès administratif », *RFDA* 2008, pp. 225-233

- PAULIAT (H.), « La contribution du droit souple au désordre normatif », *RDP* 2017, pp. 59-70

- PEYRICAL (J.-M.), « Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation. Etude de la neutralisation et la substitution des motifs », *AJDA* 1996, pp. 22-34

- PICARD (E.), « L'impuissance publique en droit », *AJDA* 1999, num. spé., pp. 11-20

- PIETRI (J.-P.), « Application par le juge administratif de l'article 2270-1 du Code civil à une action en garantie de l'entrepreneur contre les architectes », *AJDA* 1993, pp. 695-696

- PLESSIX (B.), « Le juge administratif, le contentieux de l'aide sociale et l'application du droit civil », *RFDA* 2005, pp. 375-392

- PLESSIX (B.), « La réforme de la prescription en matière civile et le droit administratif », *RFDA* 2008, pp. 1219-1226

- PLESSIX (B.), « Sécurité juridique et confiance légitime », *RDP* 2016, pp. 799-814

- PONTHOREAU (M.-C.), « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP* 1994, pp. 747-765

- PONTIER (J.-M.), « Qu'est-ce que le droit administratif ? », *AJDA* 2006, pp. 1937-1940

– PONTIER (J.M.), « L'infra-réglementaire, puissance méconnue », *AJDA* 2014, pp. 1251-1257

– PONTIER (J.-M.), « Droit administratif, juge administratif : une imposture ? », *RRJ* 2016, pp. 1243-1279

– POULANTZAS (N.), « Notes sur la phénoménologie et l'existentialisme juridique », *Archives de Philosophie du Droit* 1963, pp. 213-235

– POUYAUD (D.), « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats ? », *RFDA* 2015, pp. 727-740

– PRALUS-DUPUY, « L'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux contentieux disciplinaires : état des lieux », *RFDA* 2008, pp. 317-327

– RIALS (S.), « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA* 1981, pp. 115-118

– RIALS (S.) ; « L'office du juge », *Droits* 1989 pp. 3-20

– RICHER (L.), « Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (aperçu de droit administratif judiciaire) », *CJEG* 1990, chron., pp. 368-379

– RIVERO (J.), « Droit public et droit privé : Conquête, ou *statu quo* ? », *Dalloz* 1947, pp. 69-72

– RIVERO (J.), « Apologie pour les « faiseurs de système » », *Dalloz* 1951, pp. 99-102

– RIVERO (J.), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? » *RDP* 1953, pp. 279-296

– RIVERO (J.), « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *Dalloz* 1953, pp. 21-24

– RIVERO (J.), « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE* 1955, pp. 27-36

– RIVERO (J.), « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, 1962, pp. 37-40

– Note de J. Rivero sous CC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, rec. 29, *AJDA* 1971, pp. 537-542

– RIVERO (J.), « Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif », *EDCE* 1979-1980, pp. 27-30

– RIVERO (J.), « L'administré face au contrôle contentieux de l'administration », *DA* num. spé. 9, 1999, pp. 218-220

– ROBERT (C.N.), « Naissance d'une image : la balance de l'équité », *Justices* n°9 1998, pp.

53-64

- ROBLOT-TROIZIER (A.), « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *RFDA* 2011, pp. 691-710

- ROCHE (J.), « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence (à propos de la soumission au droit des règlements autonomes) », *AJDA* 1962, pp. 532-540

- ROLIN (F.), « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt Département du Tarn et Garonne », *RDP* 2014, pp. 1198-1212

- ROTA (M.), « Vers la disparition des vices de forme ? », *RDP* 2015, pp. 641-662

- ROUVILLOIS (F.), « Le raisonnement finaliste du juge administratif », *RDP* 1990, pp. 1817-1857

- SABOURIN (P.), « Peut-on dire dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ? », *RDP* 1971, pp. 589-640

- SAGNIER (P.-Y.), « Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables », *AJDA* 2016, pp. 1378-1383

- SAINT-HUBERT (M.), « Le défenseur des droits », *RA* 2012, pp.82-93

- SAISON (J.), « Le juge administratif et l'adage *lex specialis derogat generalis*. Réflexions sur la liberté de l'interprète », *RFDA* 2016, pp. 556-564

- SAISON-DEMARS (J.), « L'office du juge administratif face au temps. « À la recherche du temps perdu...le temps retrouvé » », *DA* Février 2012, pp. 15-23

- SAUVEL (T.), « La « justice retenue » de 1806 à 1872 », *RDP* 1970, pp. 237-285

- SAUVIGNON (E.), « La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir », *AJDA* 1971, pp. 200-210

- SEGALA (S.), « Le Conseil d'État de 1791 et l'annulation d'actes administratifs pour illégalité et inconstitutionnalité », *RRJ* 1993, pp. 551-564

- SEILLER (B.), « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », *AJDA* 2003, pp. 1472-1477

- SEILLER (B.), « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004, pp. 963-970

- SEILLER (B.), « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *AJDA* 2005, pp. 417-422

- SEILLER (B.), « Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique », *RFDA* 2014, pp. 721-734

- SEILLER (B.), « Sécurité juridique et office du juge administratif », *RDP* 2016, pp. 765-778

- SERRAND (P.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente », *RDP* 2012, pp. 901-923

- SIMMONET (Y.), « Obligation d'achat : nature des contrats », *DA* Novembre 2013, comm. 78

- SIRINELLI (P.), « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2016, pp. 529-544

- STAHL (J.H.), « Principe de légalité et stabilité des situations juridiques (à propos des délais de recours contentieux régis par la loi du 12 avril 2000) », *RFDA* 2004, pp. 890-895

- STAHL (J.-H.) et CHAUVAUX (D.), « Annulation de la délibération du conseil d'administration d'un lycée subordonnant le plein exercice de leur majorité par des élèves de plus de dix-huit ans à une autorisation parentale écrite », *AJDA* 1996, pp. 362-366

- STIRN (B.), « Juridictions administratives et cours européennes », *RA* 1998, pp. 212-220

- SWERLING (R.), « The Impact of Legal Irregularity », *JR* 1997, pp. 94-97

- TARTOUR (L.), « Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *RDP* 2013, pp. 307-327

- TCHEN (V.), « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire », *RFDA* 1997, pp. 597-614

- TEBOUL (G.), « Rapports entre le droit international non écrit et la loi ordinaire dans la jurisprudence administrative », *AJDA* 1993, pp. 720-727

- TERRE (F.), « Volonté et qualification », pp. 99-123, in *Le rôle de la volonté dans le droit*, *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, Paris, 1957

- TERRE (F.), « La proportionnalité comme principe ? », *JCP A* 2009, 52-57

- TESOKA (L.), « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », *AJDA* 2006, pp. 2214-2219

- TESSON (F.), « L'office du juge administratif renforcé sous l'influence du droit européen », *JCP A*, 7 Septembre 2015, n°36, pp. 25-30

- THIELE (R.), « Annulations partielles et annulations conditionnelles », *AJDA* 2015, pp. 1357-1364

- TIGROUDJA (H.), « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux », *RFDA* 2003, pp. 154-168

- TIMSIT (G.), « Compétence liée et principe de légalité », *Dalloz* 1964, pp. 217-222

- TINIERE (R.), « La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif », *RFDA* 2009, pp. 729-740

– TOUBOUL (C.), « Juger l'action économique, c'est encore agir sur l'économie », *RFDA* 2016, pp. 83-93

– TRAORE (S.), « Obligation de prononcer sur tous les moyens en matière d'urbanisme », *DA* 2001, pp. 28-30

– TRAVARD (J.), « Jean Rivero et le Service Public », *RA* 2012, pp. 369-376

– TROPER (M.), « Le concept d'État de droit », *Droits* 1992, pp. 51-63

– TRUCHET (D.), « Label de service public et statut du service public », *AJDA* 1982, pp. 427-439

– TRUCHET (D.), « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches » », *RFDA* 2015, pp. 657-661

– TRUCHET (D.), « Le « rayonnement » des thèses en droit administratif », *RFDA* 2016, pp. 1078-1089

– VAN MEERBEECK (J.), « Introduction : La Balance entre Dieu et la créature », *RIEJ*, 2014, pp. 75-76

– VAUTROT-SCHWARZ (C.), « La définition du droit administratif dans les Cours de Charles Eisenmann », *RDP* 2016, pp. 427-447

– VEDEL (G.), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE* 1954, pp. 21-53

– VEDEL (G.), « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1977, pp. 31-44

– VELLEY (S.), « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP* 1989, pp. 767-783

– WACHSMANN (P.), « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats », *RFDA* 2006, pp. 24-31

– WALINE (M.), « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP* 1930, pp. 197-223

– WALINE (M.), « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif ? », *RDP* 1935, pp. 205-236

– WALINE (M.), « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », pp. 613-631 in *La technique et les principes du droit public, Études en l'honneur de Georges Scelle*, LGDJ, Paris, 1950

– WALINE (M.), « Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *EDCE* 1956, pp. 25-33

– WALINE (M.), « À propos du rapport entre la règle et le droit applicable d'un procès et l'ordre de juridiction compétent », *RDP* 1961, pp. 8-20

- WALINE (M.), « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », pp. 359-371 in *Mélanges Jean Dabin*, t. II, Bruylant, Bruxelles, 1963

- WALINE (J.), « L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle », *RDP* 1984, pp. 1327-1349

- WALINE (J.), « Plein contentieux et excès de pouvoir », *RDP* 2015, pp. 1551-1566

- WOEHRLING (J.-M), « Le contrôle juridictionnel de l'administration en droit français », *RFAP* 1984, pp. 197-221

B. Sur le droit anglais

- AHMED (F.) et PERRY (A.), « The coherence of the doctrine of legitimate expectations », *CLJ* 2014, pp. 61-85

- ALEXANDER (L.) et SHERWIN (E.), « Judges as Rule Makers », pp. 27-50 in *Common Law Theory*, sous la dir. de D.E. Edlin, Cambridge University Press, Cambridge, 2007

- ALLAN (T.R.S.), « Parliamentary Sovereignty : Lord Denning's Dexterious Revolution », *OJLS* 1983, pp. 22-33

- ALLAN (T.R.S.), « The Limits of Parliamentary Sovereignty », *PL* 1985, pp. 614-636

- ALLAN (T.R.S.), « Pragmatism and theory in public law », *LQR* 1988, pp. 422-447

- ALLAN (T.R.S.), « Constitutional Rights and Common Law », *OJLS* 1991, pp. 453-480

- ALLAN (T.R.S.), « The rule of law as the rule of reason : consent and constitutionalism », *LQR* 1999, pp. 221-244

- ALLAN (T.R.S.), « The constitutional foundations of judicial review : conceptual conundrum or interpretative inquiry ? », *CLJ* 2002, pp. 87-125

- ALLAN (T.R.S.), « Doctrine and theory in administrative law : an elusive quest for limits of jurisdiction », *PL* 2003, pp. 429-454

- ALLAN (T.R.S.), « Legislative Supremacy and Legislative Intent. A Reply to Professor Craig », *OJLS* 2004, pp. 563-583

- ALLAN (T.R.S.), « Human rights and judicial review : a critique of « due deference » », *CLJ* 2006, pp. 671-695

- ALLAN (T.R.S.),« Judicial deference and judicial review : legal doctrine and legal theory », *LQR* 2011, pp. 96-117

- ALLAN (T.R.S), « Law, democracy, and constitutionalism : reflections on Evans v. Attorney

General », *CLJ* 2016, pp. 38-61

- ALLEN (C. K.), « Some aspects of Administrative law », *JSPTL* 1929, pp. 10-22

- ALLISON (J.), « Fuller's Analysis of Polycentric Disputes and the Limits of Adjudication », *CLJ* 1994, pp. 367-383

- ALLISON (J.), « The procedural reason for judicial restraint », *PL* 1994, pp. 452-473

- ALLISON (J.), « Variations of view on English legal distinctions between public and private », *CLJ* 2007, pp. 698-711

- AMOS (M.), « The Dialogue between the United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights », *ICLQ* 2012, pp. 557-584

- ANDREWS (N.H.), « The passive court and legal argument », *CJQ* 1988, pp. 125-140

- ANTOINE (A.), « La question de l'adoption d'un nouveau « *Bill of Rights* » au Royaume-Uni », *RIDC* 2010, pp. 685-712

- ARNDT (H.W.), « The Origins of Dicey's Concept of the « Rule of Law » », *The Australian Law Journal* 1957, pp. 117-123

- ARONSON (M.), « Misfeasance in public office : some unfinished business » *LQR* 2016, pp. 427-444

- ARROWSMITH (S.) « Judicial Review and the Contractual Powers of Public Authorities », *LQR* 1990, pp. 277-292

- ARTHURS (H.W.), « Rethinking Administrative Law : A Slightly Dicey Business », *Osgoode Hall Law Journal* 1979, pp. 1-45

- ARVIND (T.T.) et STIRTON (L.), « The curious origins of judicial review », *LQR* 2017, pp. 91-117

- ASPEY (E.), « The search of the true public element : judicial review of procurement decisions », *PL* 2016, pp. 35-53

- AUSTIN (R.C.), « Judicial Review of Subjective Discretion – At The Rubicon : Whither Now ? », *CLJ* 1975, pp. 150-175

- BAILEY (S.H.), « Judicial review and the public procurement regulations », *PPLR* 2005, pp. 291-312

- BAILEY (S.H.), « Judicial review on contracting decisions », *PL* 2007, pp. 444-463

- BAILEY (S.H.), « Judicial review and the tendering process. A note on R. (on the application of Menai Collect Ltd and North West Commercial Services Ltd) v Department of Constitutional Affairs and Swift Credit Services Ltd (Interested Party) and R. (on the application of Gamesa Energy UK Ltd) v National Assembly for Wales », *PPLR* 2007, pp.

11-20

- BAILEY (S.H.), « Reflections on standing for judicial review in procurement cases », *PPLR* 2015, pp. 122-132

- BARBE (V.), « Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire », *RFDC* 2005, pp. 117-145

- BARBER (N.W.), « Sovereignty Re-examined : The Courts, Parliament, and Statutes », *OJLS* 2000, pp. 131-153

- BARILLON (C.), « Aux origines du lien entre sujets et souverain dans les pays de *common law* : le *report* du juge Edward Coke sur le *Calvin's Case* (1608) », *RHD* 2010, pp. 397-422

- BATES (E.), « British sovereignty and the European Court of Human Rights », *LQR* 2012, pp. 382-411

- BEATSON (J.), « The Scope of Judicial review for Error of Law », *OJLS* 1984, pp. 22-45

- BEATSON (J.), « 'Public' and 'Private' in English administrative law », *LQR* 1987, pp. 34-65

- BELL (J.), « Droit public et droit privé : une nouvelle distinction en droit anglais. (l'arrêt *O'Reilly v. Mackman* : un arrêt *Blanco*?) », *RFDA* 1985, pp. 399-409

- BELL (J.), « Le juge administratif anglais est-il un juge politique ? », *RIDC* 1986, pp. 791-809

- BELL (J.), « L'organisation du contentieux administratif en Grande-Bretagne », *EDCE* 1987, pp. 215-226

- BELL (J.), « Aspects de l'évolution récente du droit administratif en Angleterre », *EDCE* 1987, pp. 228-237

- BELL (J.), « Royaume-Uni. Le contentieux administratif », *RFDA* 1988, pp. 103-104

- BELL (J.), « Royaume-Uni », *RIDC* 1989, pp. 887-892.

- BELL (J.), « Unité ou dualité de juridiction en matière administrative au Royaume-Uni », *RFDA* 1990, pp. 892-894

- BELL (J.), « Actualité du droit administratif au Royaume-Uni », *EDCE* 1991, pp. 309-320

- BELL (J.), « Le fondement du contrôle juridictionnel de l'Administration », pp. 57-86, in *Common Law, d'un siècle à l'autre*, sous la dir. de P. Legrand, Cowansville, Québec, 1992

- BELL (J.), « De la nécessité d'un droit administratif », *AJDA* 1995, pp. 99-108

- BELL (J.), « Actualité du droit administratif au Royaume-Uni », *EDCE* 1995, pp. 557-571

- BELL (J.), « L'Angleterre : à l'aube d'une réforme radicale de la procédure civile », *Revue générale des procédures* 1999, n°2, p. 307

- BELL (J.), « La jurisprudence vue par un juriste anglais », *RA* 2000, numéro spécial n°3, pp. 65-69

- BELL (J.), « L'expérience britannique en matière d'autorités administratives indépendantes », *EDCE* 2001, pp. 401-410

- BELL (J.), « La responsabilité de l'administration en droit anglais : caractéristiques générales, *Torts* et *Compensations* », *RDP* 2014, pp. 691-704

- BELL (J.), « The doctrine of legitimate expectations : power-constraining or right-conferring legal standard ? », *PL* 2016, pp. 437-455

- BIEHLER (H.), « Legitimate expectation – an odyssey », *Irish Jurist* 2013, pp. 40-69

- BJORGE (E.), « The Courts and the ECHR : A Principled Approach to the Strasbourg Jurisprudence », *CLJ* 2013, pp. 289-300

- BJORGE (E.), « Fundamental Rights at English (and European?) common law », *LQR* 2015, pp. 192-196

- BJORGE (E.), « Common law rights : balancing domestic and international exigencies », *CLJ* 2016, pp. 220-243

- BJORGE (E.), « Can unincorporated treaty obligations be part of English Law ? », *University of Oslo Faculty of Legal Studies Resarch Paper*, n°2017-18, 32 pages

- BLAKELEY (R.), « Counting sheep : Ghaidan v Godin-Mendoza and the true extent of section 3 of the Human Rights Act », *Cambridge Student Law Review* 2005, pp. 1-10

- BONDY (V.) et SUNKIN (M.), « Accessing judicial review », *PL* 2008, pp. 647-668

- BOUTMY (E.), « Les sources de la Constitution anglaise », *Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger* 1878, pp. 37-66

- BOWES (A.) et STANTON (J.), « The Localism Act 2011 and the general power of competence », *PL* 2014, pp. 392-402

- BOYRON (S.) et BROWN (N.), « L'affaire *Factortame* : droit communautaire contre droit public anglais », *RFDA* 1994, pp. 70-79

- BRADLEY (A.W.), « Judicial enforcement of ultra vires byelaws : the proper scope of severance », *PL* 1990, pp. 293-300

- BRADLEY (A.), « Judicial Independence under Attack », *PL* 2003, pp. 397-407

- BRAILLON (C.), « Aux origines du lien entre sujet et souverain dans les pays de *common law* : Le report du juge Edward Coke sur le *Calvin's Case* (1608) », *RHD* 2010, pp. 397-422

- BREEN (E.), « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », *RFDA* 2003, pp. 1159-1174

- BROWN (N.), « La récente évolution du contentieux administratif en Grande-Bretagne : la loi du 1er août 1958 », *EDCE* 1959, pp. 201-211

- BUCHERE (A.), « De la justice civile en Angleterre », *RHD* 1863, 2 articles, pp. 122-181 et pp. 318-365

- BUTT (P.), « Judgment writing : an Antipodean response », *LQR* 2013, pp. 7-10

- CANE (P.), « The Function of Standing Rules in Administrative Law », *PL* 1980, pp. 303-328

- CANE (P.), « Public Law and Private Law : A Study of the Analysis and Use of a Legal Concept », pp. 57-78, in *Oxford Essays in Jurisprudence,* 3e série, sous la dir. de J. Eekelaar et J. Bell, Clarendon Press, Oxford, 1987

- CANE (P.), « Self Regulation and Judicial Review », *CJQ* 1987, pp. 324-347

- CARNWATH (R.), « Tribunal justice – a new start », *PL* 2009, pp. 48-69

- CARTWRIGHT (J.), « Protection Legitimate Expectations and Estoppel : English Law », pp. 321-348 in *La confiance légitime et l'*estoppel, sous la dir. de B. Fauvarque-Cosson, Société de Législation Comparée, Paris, 2007

- CLAUDEL (M.), « Le développement des juridictions administratives en Angleterre », *Revue des Sciences Politiques* 1928, pp. 522-541

- CLAYTON (R.), « Principles for Judicial Deference », *JR* 2006, pp. 109-135

- CLAYTON (R.), « Smoke and mirrors : the Human Rights Act and the impact of Strasbourg case law », *PL* 2012, pp. 639-657

- CLAYTON (R.), « The empire strikes back : common law rights and the Human Rights Act », *PL* 2015, pp. 3-12

- CLAYTON (R.) et GHALY (K.), « Shifting Standards of Review », *JR* 2007, pp. 210-218

- CLIFFORD (C.) et WRIGHT (V.), « La politisation de l'administration britannique : ambitions, limites et problèmes conceptuels », *RFAP* 1998, pp. 267-280

- COHN (M.), « Medieval Chains, Invisible Inks : On Non-Statutory Powers of the Executive », *OJLS* 2005, pp. 97-122

- COHN (M.), « Judicial activism in the House of Lords : a composite constitutionalist approach », *PL* 2007, pp. 95-115

- COHN (M.), « Judicial review of non-statutory executive powers after bancoult : a unifed anxious model », *PL* 2009, pp. 260-286

- CONFORD (T.), « Legal Remedies Against the Crown and its Officers Before and After M », pp. 233-265, in *The Nature of the Crown*, sous la dir. de Maurice Sunkin et Sebastian Payne, OUP, Oxford, 1999

- COSTELLO (K.), « The scope of application of the rule against fettering in administrative law », *LQR* 2015, pp. 354-357

- CRAIG (P.), « Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame », *Yearbook of European Law* 1991, pp. 221-255

- CRAIG (P.), « Formal and substantive conceptions of the rule of law : an analytical framework », *PL* 1997, pp. 467-487

- CRAIG (P.), « Public Law, Political Theory and Legal Theory », *PL* 2000, pp. 211-239

- CRAIG (P.), « Contracting Out, the Human Rights Act and the Scope of Judicial Review », *LQR* 2002, pp. 551-568

- CRAIG (P.), « Constitutional foundations, the rule of law and supremacy », *PL* 2003, pp. 92-111

- CRAIG (P.), « Judicial Review, Appeal and Factual Error », *PL* 2004, pp. 788-807

- CRAIG (P.), « Legislative Intent and Legislative Supremacy : A Reply to Professor Allan », *OJLS* 2004, pp. 585-596

- CRAIG (P.), « Political constitutionalims and the judicial rôle : A response », *International Journal of Constitutional Law* 2011, pp. 112-131

- CRAIG (P.),« The Nature of Reasonableness Review », *Current Legal Problems*, 2013, pp. 131-167

- CRAIG (P.), « Constitutionalising constitutional law : HS2 », *PL* 2014, pp. 373-392

- CRAIG (P.), « Judicial review and anxious scrutiny : foundations, evolution and application », *PL* 2015, pp. 60-78

- CRAIG (R.), « Casting Aside Clanking Medieval Chains : Prerogative, Statute and Article 50 after the EU Referendum », *MLR* 2016, pp. 1041-1063

- CRAIG (S.), « Judicial review : how much is too much ? A view of Eba, Cart and MR (Pakistant) from the asylum and immigration perspective », *Edinburgh Law Review* 2012, pp. 210-223

- CRAIG (P.) et SCHONBERG (S.), « Substantive legitimate expectations », *PL* 2000, pp. 684-701

- CRAIG (P.) et TRYBUS (M.), « Angleterre et Pays de Galles/England and Wales » in *Droit comparé des contrats publics*, sous la dir. de R. Noguellou et U. Stelkens, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 339-366

- DALY (P.), « Justicability and the « political question » doctrine », *PL* 2010, pp. 160-178

- DALY (P.), « *Wednesbury's* Reason and Structure », *PL* 2011, pp. 238-259

- DALY (P.), « Deference on Questions of Law », *MLR* 2011, pp. 694-720

- DALY (P.), « Administrative Law : Characteristics, Legitimacy, Unity », *Legal Studies Research Paper Series* 2016, 23 pages

- DALY (P.), « Brexit : Legal and Political Fault Lines », *Legal Studies Research Paper Series*, Mai 2017, 20 pages

- DAVID (R.), « Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine », pp 193-203, in *Le droit comparé, Droits d'hier, Droits de demain*, Economica, Paris, 1982, 362 pages

- DAVID (R.), « L'application en Angleterre du droit français », pp. 97-108, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. I, Editions A. Pedone, Paris, 1975

- DAVIES (A.), « Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ? », *RFDA* 2006, pp. 1039-1047

- DE SMITH (S.A), « The Prerogatives Writs », *CLJ* 1651, p. 40

- DE SMITH (S.A), « Wrongs and remedies in administratives law », *MLR* 1952, pp. 189-208

- DEMETRIOU (M.) et HOUSEMAN (S.), « Review of Error of Fact – A Brief Guide », *JR* 1997, pp. 27-32

- DICEY (A.V.), « The development of Administrative Law in England », *LQR* 1915, pp. 148-153

- DIPLOCK (W.), « Administrative Law : Judicial Review Reviewed », *CLJ* 1974, pp. 233-245

- DISTEL (M.), « La réforme du contrôle de l'administration en Grande-Bretagne », *RIDC* 1971, pp. 355-417

- DISTEL (M.) « Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration en Grande-Bretagne », *RIDC* 1982, pp. 41-100

- DOOKHY(P.) et DOOKHY (R.), « Le développement du contentieux de la loi en Angleterre », *RFDA* 1999, pp. 159-170

- DUFFY-MEUNIER (A.), « La Cour suprême au Royaume-Uni après le Constitutional reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *RIDC* 2012, pp. 681-734

- DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) et JOWELL (J.), « Les juges et le contrôle de l'administration en Grande-Bretagne », *RDP* 1979, pp. 1059-1082

- DUXBURY (N.), « The outer limits of English judicial review », *PL* 2017, pp. 235-248

- DWORKIN (G.), « Un adoucissement de la théorie du stare decisis à la Chambre des Lords », *RIDC* 1967, pp. 185-198

- DYZENHAUS (D.), « Reuniting the Brain : The Democratic Basis of Judicial Review », *Public Law Review* 1998, pp. 98-110

- DYZENHAUS (D.), HUNT (M.) et TAGGART (M.), « The principle of legality in Administrative law : Internationalisation as Constitutionalisation », *Oxford University of Commonwealth Law Journal* 2001, pp. 5-34

- ELIAS (S.), « Administrative law for « living people » », *CLJ* 2009, pp. 47-66

- ELLIOTT (M.), « Reconciling Constitutional Rights and Constitutional Orthodoxy », *CLJ* 1997, pp. 474-477

- ELLIOTT (M.), « The demise of Parliamentary souvereignty ? The implications for justifying judicial review », *LQR* 1999, pp. 119-137

- ELLIOTT (M.), « The Human Rights Act 1998 and the standard of substantive review », *CLJ* 2001, pp. 301-336

- ELLIOTT (M.), « Legitimate Expectations : Procedure, Substance and Proportionality », *MLR* 2006, pp. 254-256

- ELLIOTT (M.), « Legitimate Expectations and the Search for Principle : Reflections on *Abdi & Nadarajah* », *JR* 2006, pp. 281-288

- ELLIOTT (M.), « Has the common law duty to give reasons come of age yet ? », *PL* 2011, pp. 56-74

- ELLIOTT (M.), « Judicial Review's Scope, Foundations and Purposes : Joining the Dots », *Legal Studies Research Paper Series*, Février 2012, 25 pages

- ELLIOTT (M.), « Proportionality and deference : the Importance of a structured approach », *Legal Studies Research Paper Series*, Septembre 2013, 18 pages

- ELLIOTT (M.), « Embracing 'Constitutional' Legislation : Towards Fundamental law ? », *Legal Studies Research Paper Series* 2014, 21 pages (ré-édition d'un article paru en 2003)

- ELLIOTT (M.),« A Tangled Constitutional Web : The Black-Spider Memos and the British Constitution », *PL* 2015, pp. 539-550

- ELLIOTT (M.), « Beyond the European Convention : Human Rights and the Common Law », *CLJ* 2015, pp. 85-117

– ELLIOTT (M.), « From Heresy to Orthodoxy : Substantive Legitimate Expectations in English Public law », Legal Studies Research Paper Series, Janvier 2016, 21 pages

– EMERY (C.), « Public law or private Law ? - the limits of procedural reform », *PL* 1995, pp. 450-461

– ENDICOTT (T.), « Questions of Law », *LQR* 1998, pp. 292-321

– ENDICOTT (T.), « The Impossibility of the Rule of Law », *OJLS* 1999, pp. 1-18

– EWING (K.D.), « The Futility of the Human Rights Act », *PL* 2004, pp. 829-852

– EWING (K.D.) et THAM (J.-C.), « The continuing futility of Human Rights Act », *PL* 2008, pp. 668-693

– FALLON (R.H.), « Individual Rights and the Powers of Government », *Gerogia Law Review* 1993, pp. 343-390

– FELDMAN (D.), « Judicial Review : A Way of Controlling Government ? », *Public Administration* 1988, pp. 21-34

– FELDMAN (D.), « Public law values in the House of Lords », *LQR* 1990, pp. 246-276

– FELDMAN (D.), « The nature and significance of « constitutional » legislation », *LQR* 2013, pp. 343-358

– FELDMAN (D.), « Error of law and flawed administrative acts », *CLJ* 2014, pp. 275-314

– FENNELLY (D.), « *Penser par cas* : A common law perspective », *RIEJ* 2014, pp. 155-171

– FERREIRA (N.), « The Supreme Court in a final push to go beyond Strasbourg », *PL* 2015, pp. 367-375

– FINNIS (J.), « A British « Convention right » to assistance in suicide ? », *LQR* 2015, pp. 1-8

– FLAUSS (J.-F.), « Human Rights Act. 1998 : kaléidoscope », *RFDC* 2001, pp. 695-703

– FORDHAM (M.), « Reasons : The Third Dimension », *JR* 1998, pp. 158-164

– FORDHAM (M.), « Judical Review : the new rules », *PL* 2001, pp. 4-10

– FORDHAM (M.), « Permission Principles », *JR* 2006, pp. 176-179

– FORSYTH (C.), « The Rock and the Sand : Jurisdiction and Remedial Discretion », *JR* 2013, pp. 360-378

– FORSYTH (C.) et ELLIOTT (M.), « The Legitimacy of Judicial Review », *PL* 2003, pp. 286-307

– FREDMAN (S.), « From Dialogue to Deliberation : Human Rights Adjudication and

Prisoners' Rights to Vote », *PL* 2013, pp. 292-311

- FRIEDMAN (D.), « A common law of human rights : history, humanity and dignity », *EHRLR* 2016, pp. 378-397

- FROMONT (M.), « Les « Administrative Tribunals » en Grande-Bretagne », *EDCE* 1977-1978, pp. 305-333

- FULLER (L.), « The Forms and Limits of Adjudication », *Harvard Law Review* 1978-1979, pp. 353-409

- GALLIGAN (D.J.), « The Nature and Function of Policies Within Discretionary Power », *PL* 1976, pp. 332-357

- GALLIGAN (D.J.), « Judicial review and the textbook writers », *OJLS* 1982, pp. 257-276

- GAME (C.), « La carotte et le bâton... de dynamite, le programme travailliste de modernisation du Local Government », *RFAP* 1998, pp. 529-546

- GARNER (J.F.), « L'Ombudsman britannique », *RIDC* 1970, pp. 457-466.

- GARNER (J.W), « La Conception anglo-américaine du droit administratif », pp. 337-385 in *Mélanges en l'honneur de Maurice Hauriou*, Sirey, Paris, 1929

- GEE (G.) et WEBBER (G.C.N.), « What Is a Political Constitution ? », *OJLS* 2010, pp. 273-299

- GERARD (P.), « Les Tribunaux administratifs britanniques », *AJDA* 1991, pp. 3-12

- GIRARD (C.), « Le réalisme du juge constitutionnel britannique », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°22, juin 2007, pp. 172-177

- GOODNOW (F.), « The writ of certiorari », *Political Science Quaterly*, vol. 6, n°3, Septembre 1891, pp. 493-536

- GORDON (D.M.), « Certiorari and the Revival of Error in Fact », *LQR* 1926, pp. 521-535

- GORDON (D.M.), « The Observance of law as a Condition of Jurisdiction », *LQR* 1931, 2 articles, pp. 386-410 et pp. 557-587

- GORDON (D.M.), « What Did the Anisminic Case Decide », *MLR* 1971, pp. 1-11

- GORDON (E.), « La théorie des « acts of State » en droit anglais », *RDP* 1936, pp. 5-40

- GORDON (J.B.), « The advantages of declaratory judgment in administrative law », *MLR* 1955, pp. 138-147

- GOULD (B.C.), « Anisminic and Jurisdictional Review », *PL* 1970, pp. 358-371

- GREER (S.) et SLOWE (R.), « The Conservative's proposals for a British Bill of Rights :

mired in muddle, misconception and misrepresensation ? », *EHRLR* 2015, pp. 372-383

- GREKOS (M.), « Material Error of Fact – A Separate Ground of Review in Administrative Law ? », *JR* 2004, pp. 184-188

- GREY (H.J.), « Discretion in Administrative Law », *Osgoode Hall Law Review* 1979, pp. 107-132

- GRIEVE (D.), « Can a Bill of Rights do better than the Human Rights Act ? », *PL* 2016, pp. 223-234

- GRIFFITH (J.A.G.), « The Political Constitution », *MLR* 1979, pp. 1-21

- GRIFFITH (J.A.G.)« Constitutional and Administrative Law », pp. 49-66 in *More Law Reform Now,* sous la dir. de P. Archer et A. Martin, Barry Rose Publishers Ltd, Chichester, 1983

- GRIFFITH (J.A.G.),« Judicial Decision-Making in Public Law », *PL* 1985, pp. 564-582

- GRIFFITH (J.A.G.),« The Brave New World of Sir John Laws », *MLR* 2000, pp. 159-176

- GRIFFITH (J.A.G.),« The common law and the political constitution », *LQR* 2001, pp. 42-67

- GUIGUE (A.), « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *RDP* 2016, pp. 597-621

- HAMSON (C.J.), « Le Trial anglais », *RIDC* 1956, pp. 529-537

- HARAVON (M.), « Dix années de réforme de la procédure civile anglaise : révolte ou révolution ? », *RIDC* 2004, pp. 826-845

- HARLOW (C.), « Administrative reaction to Judicial Review », *PL* 1976, pp. 116-133

- HARLOW (C.), « The Crown : Wrong Once Again ? », *MLR* 1977, pp. 728-732

- HARLOW (C.), « « Public » and « Private » law : definition without distinction », *MLR* 1980, pp. 241-265

- HARLOW (C.), « La distinction public/privé dans le système juridique anglais », *Politiques et management public* 1987, pp. 199-215

- HARLOW (C.), « *La Huronne au Palais-Royal* or a Naïve Perspective on Administrative Law », *Journal of Law and Society* 2000, pp. 322-327

- HARLOW (C.), « Public law and Popular Justice », *MLR* 2002, pp. 1-18

- HARLOW (C.) et DISTEL (M.), « Légalité, illégalité et responsabilité de la puissance publique en Angleterre », *EDCE* 1977-1978, pp. 335-354

– HARLOW (C.) et RAWLINGS (R.), « Administrative law in context : restoring a lost connection », *PL* 2014, pp. 28-42

– HARRIS (B.V.), « The « third source » of authority for government action », *LQR* 1992, pp. 626-561

– HARRIS (B.V.), « Judicial review, justiciability and the prerogative of mercy », *CLJ* 2003, pp. 631-660

– HARRIS (B.V.), « The « third source » of authority for Government action revisited », *LQR* 2007, pp. 225-250

– HARRIS (B.V.),« Government « third source » action and common law constitutionalism », *LQR* 2010, pp. 373-402

– HERLING (D.), « Weight in Discretionary Decision-Making », *OJLS* 1999, pp. 583-604

– HICKMAN (T.), « Too Hot, Too Cold or Just Right ? The Development of the Public Sector Equality Duties in Administrative Law », *PL* 2013, pp. 325-344

– HODGSON (D.), « Le domaine du contrôle juridictionnel de l'administration », *EDCE* 1987, pp. 249-263

– HOUGH (B.), « Public law regulation of markets and fairs », *PL* 2005, pp. 586-607

– HOURSON (S.), « Quand le principe d'égalité limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire : le précédent administratif », *RFDA* 2013, pp. 743-754

– JAFFE (L. L.) et HENDERSON (E. G.), « Judicial Review and the Rule of Law : Historical Origins », *LQR* 1956, pp. 345-364

– JEFFERY (C.), « La dévolution au Royaume-Uni : anatomie d'un processus de réforme », *Politique et Sociétés* 2002, pp. 3-23

– JENKS (E.), « The prerogative writs in English Law », *Yale Law Journal* 1923, pp. 523-534

– JENNINGS (I.), « In Praise of Dicey. 1885-1935 », *Public Administration* 1935, pp. 123-134

– JENNINGS (I), « Courts and Administrative law – The experience of English housing legislation », *Harvard Law Review* 1935-1936, pp. 426-454

– JEZE (G.), « L'exécutif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs », 3 articles *RDP* 1917, pp. 4-43, pp. 433-442 et pp. 554-594

– JONES (T.), « Mistake of fact in administrative Law », *PL* 1990, pp. 507-526

– JOWELL (J.), « The Legal Control of Administrative Discretion », *PL* 1973, pp. 178-220

– JOWELL (J.), « In the Shadow of *Wednesbury* », *JR* 1997, pp. 75-80

– JOWELL (J.), « Beyond the rule of law : towards constitutional judicial review », *PL* 2000, pp. 671-683

– JOWELL (J.),« Judicial deference : servility, civility or institutional capacity ? », *PL* 2003, pp. 592-601

– JOWELL (J.), « Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis », *PL* 2006, pp. 562-579

– KAVANAGH (A.), « The Role of Parliamentary Intention in Adjudication under the Human Rights Act 1998 », *OJLS* 2006, pp. 179-206

– KAVANAGH (A.), « Defending Deference in Public Law and Constitutional Theory », *PL* 2010, pp. 222-250

– KAVANAGH (A.), « Reasoning about proportionality under the Human Rights Act : outcomes, substance and process », *LQR* 2014, pp. 235-258

– KENT (M.), « Widening the Scope of Review for Error of Fact », *JR* 1999, pp. 239-243

– KERRY (M.), « Administrative Law and Judicial Review – The Pratical Effects of Developments over The Last 25 Years on Administration of Central Government », *Public Administration* 1986, pp. 163-172

– KING (J.), « The Justiciability of Resource Allocation », *MLR* 2007, pp. 197-224

– KING (J.), « The Pervasiveness of Polycentricity », *PL* 2008, pp. 101-124

– KING (J.), « Institutional Approaches to Judicial Restraint », *OJLS* 2008, pp. 409-441

– KIRBY (M.), « Judicial dissent – common law and civil traditions », *LQR* 2007, pp. 379-400

– KNIGHT (C.S.), « Proportionality, the Decision-Maker and the House of Lords », *JR* 2007, pp. 221-227

– KNIGHT (C.S.), « Expectations in transition : recent developments in legitimate expectations », *PL* 2009, pp. 15-24

– Lady Arden, « Judgment writing : are shorter judgment achievable ? », *LQR* 2012, pp. 515-520

– Lady Hale, « Judgment writing in the Supreme Court », 1er séminaire anniversaire, 30 septembre 2010 (Disponible sur le site de la Cour Suprême : https://www.supremecourt.uk/news/speeches.html)

– Lady Hale, « Common law and Convention law : the limits to interpretation », *EHRLR* 2011, pp. 534-543

- Lady Hale, « The Spreme Court : Guardian of the Constitution ? », discours prononcé durant la Sultan Azlan Shah Lecture, novembre 2016, 13 pages (Disponible sur le site de la Cour Suprême : https://www.supremecourt.uk/news/lady-hales-lecture-the-supreme-court-guardian-of-the-constitution.html)

- LAVERACK (P.), « International human rights law in judicial review : Moohan v Lord Advocate and R. (on the application of JS) v Secretary for Work and Pensions as guides to the present and the post-Human Rights Act legal landscapes », *EHRLR* 2016, pp. 73-81

- LAWS (J.), « Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights? » *PL* 1993, pp. 59-79

- LAWS (J.), « Law and Democracy », *PL* 1996, pp. 72-93

- LAWS (J.), « The Constitution : Morals and Rights », *PL* 1996, pp. 622-635

- LAWS (J.), « The limitations of human rights », *PL* 1998, pp. 254-265

- LAWSON (F.H.) « Le droit administratif anglais », *RIDC* 1951, pp. 412-426

- LAWSON (F.H), « Dicey Revisited », *Political Studies* 1959, 2 articles, pp. 109-126 et pp. 207-221

- LE MESTRE (R.), « Une justice politique sous un ciel étoilé : La Court of Star Chamber, juridiction gouvernementale d'exception, en Angleterre, sous le règne des Tudors et des Stuarts », *RRJ* 2016, pp. 55-81

- LE SUEUR (A.), « The Rise and Ruin of Unreasonableness ? », *JR* 2005, pp. 32-51

- LEE (J.), « A defence of concurring speeches », *PL* 2009, pp. 305-331

- LEFEVRE-PONTALIS (A.), « Du pouvoir judiciaire en Angleterre », 2 articles, *RHD* 1856, pp. 237-251 et *RHD* 1857, pp. 47-75

- LEGERE (E.), « *Locus Standi* and the Public Interest : A Hotchpotch dans Legal Principles », *JR* 2005, pp. 128-134

- LEIGH (I.), « Taking Rights Proportionately : Judicial review, the Human Rights Act and Strasbourg », *PL* 2002, pp. 265-287

- LEIGH (I.) et LUSTGARTEN (L.), « Making Rights Real : The Courts, Remedies and the Human Rights Act », *CLJ* 1999, pp. 509-545

- LESLIE (J.), « Vindicating common law constiutionalism », *Legal Studies* 2010, pp. 301-323

- LESTER (A.), « English judges as law makers », *PL* 1993, pp. 269-290

- LESTER (A.) et JOWELL (J.), « Beyond Wednesbury : substantive principles of administrative law », *PL* 1987, pp. 368-382

- LESTER (A.) et WEAIT (M.), « The use of ministerial powers without parliamentary authority : the Ram doctrine », *PL* 2003, pp. 415-428

- LEWIS (J.), « The European Ceiling on Human Rights », *PL* 2007, pp. 720-747

- LEWIS (J.), « *Re P* and Others : An Exception to the « No More, Certainly No Less » Rule », *PL* 2009, pp. 43-47

- Lord Bingham, « Should public law remedies be discretionary ? », *PL* 1991, pp. 64-75

- Lord Bingham, « « There is a world elsewhere » : the changing perspectives of English law », *ICLQ* 1992, pp. 513-529

- Lord Bingham, « The European Convention on Human Rights : Time to Incorporate », *LQR* 1993, pp. 390-400

- Lord Bingham, « Dicey Revisited », *PL* 2001, pp. 39-51

- Lord Bingham, « The Rule of Law », discours prononcé sur le sixième cycle de conférences dédiées à Sir David Williams, 35 pages (disponible sur le site du Centre for Public Law : https://www.cpl.law.cam.ac.uk/sir-david-williams-lectures/rt-hon-lord-bingham-cornhill-kg-rule-law)

- Lord Bingham, « The rule of law », *CLJ* 2007, pp. 67-85

- Lord Browne-Wilkinson, « The Infiltration of a Bill of Rights », *PL* 1992, pp. 397-410

- Lord Denning, « Courts and Tribunals », *The British Journal of Administrative Law* 1954, pp. 107-110

- Lord Diplock, « Judicial Control of the Administrative Process », *Current Legal Problems* 1971, pp. 1-17

- Lord Diplock, « Administrative Law : Judicial Review Reviewed », *CLJ* 1974, pp. 233-245

- Lord Dyson, « Is Judicial Review a Threat to Democracy ? », Discours délivré à la conférence du *Sultan Azlan Shah*, de novembre 2015, 18 pages (disponible sur internet: https://www.judiciary.gov.uk/announcements/speech-by-lord-dyson-is-judicial-review-a-threat-to-democracy/)

- Lord Hoffmann, « Human Rights and the House of Lords », *MLR* 1999, pp. 159-166

- Lord Hoffmann, « The Universality of Human Rights », *LQR* 2009, pp. 416-432

- Lord Irvine of Lairg, « Judges and decisions makers : the theory and practice of Wednesbury review », *PL* 1996, pp. 59-78

- Lord Irvine of Lairg, « The development of human rights in Britain under an incorporated Convention on Human Rights », *PL* 1998, pp. 221-236

- Lord Irvine of Lairg, « The Impact of the Human Rights Act : Parliament, the Courts and the Executive », *PL* 2003, pp. 308-325

- Lord Irvine of Lairg, « A British Interpretation of Convention Rights », *PL* 2012, pp. 237-252

- Lord Lester, « English judges as law makers », *PL* 1993, pp. 269-290

- Lord Lester, « The mouse that roared : the Human Rights Bill 1995 », *PL* 1995, pp. 198-202

- Lord Millet, « The right to good administration in European law », *PL* 2002, pp. 309-322

- Lord Millet, « Prerogative Power and Article 50 of the Lisbon Treaty », *UK Supreme Court Yearbook*, vol. 7, 2016, pp. 190-194

- Lord Neuberger, « No Judgment – No Justice », discours délivré à la première conférence annuelle du BAILII, 20 novembre 2012, 24 pages (Disponible sur le site de la Cour suprême : https://www.supremecourt.uk/docs/speech-121120.pdf)

- Lord Reed, « La Cour suprême du Royaume-Uni et les droits fondamentaux », *AJDA* 2017, pp. 211-216

- Lord Reid, « The Judge as Law Maker », *Society of Public Teachers of Law* 1972, pp. 22-29

- Lord Steyn, « Deference : a tangled story », *PL* 2005, pp. 346-359

- Lord Sumption, « The limits of Law », discours prononcé lors de la 27e édition du Sultan Azlan Shah Lecture, le 20 novembre 2013, 15 pages (Disponible sur le site de la Cour suprême : https://www.supremecourt.uk/docs/speech-131120.pdf)

- Lord Sumption, « Anxious Scrutiny », discours prononcé durant la Administrative law Bar Association Annual Lecture, novembre 2014, 14 pages (Disponible sur le site de la Cour Suprême : https://www.supremecourt.uk/docs/speech-141104.pdf)

- Lord Wilberforce, « Lord Diplock and administrative law », *PL* 1986, pp. 6-7

- Lord Woolf, « The Role of the English Judiciary in Developing Public Law », *William & Mary Review* 1986, pp. 669-683

- Lord Woolf, « Public law – private law : why the divide ? - a personal view », *PL* 1986, pp. 220-238

- Lord Woolf, « Droit Public – English Style », *PL* 1995, pp. 57-71

- Lord Woolf, « An English Perspective », *DA* num. spé., n°3, 2000, pp. 106-108

- LOUGHLIN (M), « Modernism in British public law. 1919-1979 », *PL* 2014, pp. 56-67

- LOVELAND (I.), « The War Against the Judges », *Quaterly Political* 1997, pp. 162-170

– MacCORMICK (N.), « Legal decisions and their consequences from Dewey to Dworkin », *New York University Law Review* 1983, pp. 239-258

– McCRAKEN (R.), « Standing and discretion in environmental challenges : Walton, a curate's egg », *Journal of Planning and Environmental Law* 2014, pp. 304-314

– McGOLDRICK (D.), « The boundaries of justiciability », *ICLQ* 2010, pp. 981-1019

– McHARG (A.), « What is Delegated Legislation ? », *PL* 2006, pp. 539-561

– MALKANI (B.), « Human rights treaties in the English legal system », *PL* 2011, pp. 554-576

– MALLESON (K.), « The Evolving Role of the UK Supreme Court », *PL* 2011, pp. 754-772

– MARSHALL (G.), « Justiciability », pp. 265-287 in *Oxford Essays in Jurisprudence, First Series* sous la dir. de A.G. Guest, Clarendon Press, Oxford, 1961

– MARKESINIS (B.) et FEDTKE (J.), « Damages for Negligence of Statutory Bodies : The Empirical and Comparative Dimension to an Unending Debate », *PL* 2007, pp. 299-330

– MARSTON (G.), « The United Kingdom's Part in the Preparation of the European Convention of Human Rights 1950 », *ICLQ* 1993, pp. 796-826

– MARX (F.), « L'affaire de la Burmah Oil et le War Damage de 1965 », *RDP* 1967, pp. 884-892

– MARX (F.), « Le juge et l'exécutif en Grande-Bretagne », *RDP* 1977, pp. 1237-1252

– MASTERMAN (R.), « Section 2 (1) of the Human Rights Act 1998 : Binding Domestic Courts to Strasbourg ? », *PL* 2004, pp. 725-737

– MASTERMAN (R.) et WHEATLE (S.), « A Common Law Resurgence in Rights Protection ? », *EHRLR* 2015, pp. 57-65

– MAURICI (J.), « The Modern Approach to Bias », *JR* 2007, pp. 251-260

– MEAD (D.), « Outcomes aren't all : defending process-based review of public authority under the Human Rights Act », *PL* 2012, pp. 61-84

– MILLET (R.), « Communication sur les progrès de la centralisation administrative en Angleterre », *Bulletin de la Société de Législation Comparée* 1875, pp. 306-328

– MILLS (A.), « Reforms to judicial review in the Criminal and Courts Act 2015 : promoting efficiency or weakening the rule of law ? », *PL* 2015, pp. 583-595

– MITCHELL (J.D.B.), « L'absence d'un système de droit administratif au Royaume-Uni : ses causes et ses effets », *EDCE* 1964, pp. 211-225

– MITCHELL (G.), « Judicial review, but not as we know it : judicial review in the Upper

Tribunal », *JR* 2010, pp. 112-117

- MOFFATT (R.) et THOMAS (C.), « And then they came for judicial review : proposals for futher reform », *Journal of Immigration Asylum and Nationality Law* 2014, pp. 237-253

- MOUNTFIELD (H.) et BELOFF (M. J.), « Unconventional behaviour ? Judicial uses of the European Convention in England and Wales », *EHRLR* 1996, pp. 467-495

- MORISSETTE (J.-Y.), « Les caractéristiques classiquement attribuées à la common law », *RIDC* 2013, pp. 613-636

- MORRIS (G.S) et FREDMAN (S.S), « Public or private ? State employees and judicial review », *LQR* 1991, pp. 298-316

- MURRAY (P.), « Escaping the wilderness : R. v. Bolton and judicial review for error of law », *CLJ* 2016, pp. 333-365

- NEVILLE BROWN (L.), « La récente évolution du contentieux administratif en Grande-Bretagne », *EDCE* 1959, p. 203

- NICHOLSON (M.), « The political unconscious of the English foreign act of state and non-justiciability doctrine(s) », *ICLQ* 2015, pp. 743-781

- NICOL (D.), « Statutory interpretation and human rights after *Anderson* », *PL* 2004, pp. 274-282

- Note de Susan Nott sur l'affaire *Malone v. Metropolitan Police Commissioner* [1973] 2 WLR 700, dans *Public Law* 1980, pp. 1-15

- OGOWEWO (T.I.), « Is contract the juridical basis of the Takeover Panel ? », *Journal of International Banking Law* 1997, pp. 15-23

- OLIVER (D.), « Judicial review and the shorthandwriters », *PL* 1993, pp. 214-218

- OLIVER (D.), « The frontiers of the State : public authorities and public functions under the Human Rights Act », *PL* 2000, pp. 476-493

- OLIVER (D.), « Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre? », *RIDC* 2001, pp. 327-338

- OLIVER (D.), « Pulic law procedures and remedies – do we need them ? », *PL* 2002, pp. 91-100

- OLIVER (D.), « Functions of a Public Nature under the Human Rights Act », *PL* 2004, pp. 329-351

- OLIVER (D.), « Vers une constitution britannique fondée sur des principes normatifs », *RIDC* 2008, pp. 807-818

- OLOWOFOYEKU (A.A.), « Bias and the informed observer : a call for a return to Gough »,

CLJ 2009, pp. 388-409

- OWEN (T.), « Prisoners and Fundamental Rights », *JR* 1997, pp. 81-85

- PALMER (E.),« Resource Allocation, Welfare Rights – Mapping the Boundaries of Judicial Control in Public Administrative Law », *OJLS* 2000, pp. 63-88

- PATERSON (A.), « Decision-making in the UK's top court », *CJICL* 2014, pp. 77-99

- PLUG (J.), « Indicators of *obiter dicta*. A pragma-dialectical analysis of textual clues for the reconstruction of legal argumentation », *Artificial Intellgence and Law* 2000, pp. 189-203

- POOLE (T.), « Back to the Future ? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *OJLS* 2003, pp. 435-454

- POOLE (T.), « Legitimacy, Rights and Judicial review », *OJLS* 2005, pp. 697-725

- POOLE (T.), « Questioning common law constitutionalism », *Legal Studies* 2005, pp. 142-163

- POOLE (T.), « Of Headscarves and heresies : The Denbigh High School Scale and public authority decision making under the Human Rights Act », *PL* 2005, pp. 685-695

- POOLE (T.), « The reformation of English Administratif law », *CLJ* 2009, pp. 142-168

- POOLE (T.), « United Kingdom ; The Royal Prerogative », *International Journal of Constitutional Law* 2010, pp. 146-155

- POOLE (T.), « The Elegiac Tradition : Public Law and Memory », *PL* 2014, pp. 68-84

- PUGET (H.) « Le contrôle de l'Administration : les systèmes classiques, l'Ombudsman et la Prokuratura. », *RIDC* 1965, pp. 5-19

- RAZ (J.), « The Rule of Law and Its Virtue », *LQR* 1977, pp. 195-211

- RAZ (J.), « The politics of the Rule of Law », *Ratio Juris* 1990, pp. 331-339

- REID (C.), « The end of the road for Walton », *Jur. Rev.*. 2013, pp. 53-61

- RICHARDSON (G.), « The Duty to Give Reasons : Potential and Practice », *PL* 1986, pp. 437-469

- RIVERS (J.), « Proportionality and Variable Intensity of Review », *CLJ* 2006, pp. 174-207

- ROBSON (W.), « Administrative Law », pp. 193-214, in *Law and Opinion in England in the 20th Century,* sous la dir de M. Ginsberg, Stevens & Sons Limited, Londres, 1959

- ROONEY (J.M.), « A legal basis for non-arbitrary detention : Mohammed v. Secretary of State for Defence », *PL* 2016, pp. 563-572

- RUBINSTEIN (A.), « On the origins of judicial review », *University of British Columbia law review*, 1964, vol. 2, pp. 1-20

- RUBINSTEIN (A.), « Bads on Its Face », *PL* 1964, pp. 256-275

- RUDDEN (B.), « Consequences », *Jur. Rev.* 1979, pp. 193-201

- RYLATT (J.W.) et TOMLINSON (J.), « Something New in Subtance Review : Keyu v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs », *JR* 2016, pp. 204-208

- SALES (P.), « A comparison of the principe of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998 », *LQR* 2009, pp. 598-615

- SALES (P.), « Strasbourg Jurisprudence and the Human Rights Act : a response to Lord Irvine », *PL* 2012, pp. 253-267

- SALES (P.), « Rationality, proportionality and the development of the law », *LQR* 2013, pp. 223-241

- SALES (P.), « Rights and fundamental rights in English law », *CLJ* 2016, pp. 86-108

- SALES (P.), « Partnership and challenge : the courts' role in managing the integration of rights and democracy », *PL* 2016, pp. 456-470

- SALES (P.) et CLEMENT (J.), « International law in domestic courts : the developing framework », *LQR* 2008, pp. 388-421

- SALES (P.) et STEYN (K.), « Legitimate Expectations in Englis Public Law : An Analysis », *PL* 2004, pp. 564-593

- SAMUELS (A.), « Judicial review : the new law : the Criminal Justice and Courts Act 2015 Chapter 2 », *JPL* 2015, pp. 754-758

- SCHIEMANN (K.), « Locus Standi », *PL* 1990, pp. 342-353

- SCOTT (P.), « The vanishing law of Crown act of State », *Nothern Ireland Legal Quaterly* 2015, pp. 367-387

- SEDLEY (S.), « The sound of silence : constitutional law sithout a constitution », *LQR* 1994, pp. 270-291

- SEDLEY (S.), « Human Rights : a Twenty-first century agenda », *PL* 1995, pp. 386-400

- SEDLEY (S.),« The Common Law and the Constitution », pp. 15-32 in *The Making and Remaking of the British Constitution*, sous la dir. de Lord Nolan et S. Sedley, Blackstone Press Limited, Londres, 1997

- SEDLEY (S.), « La prise de décision par le juge anglais », *RIDC* 1998, pp. 817-819

– SHAH (S.) et POOLE (T.), « The impact of the Human Rights Act on the House of Lords », *PL* 2009, pp. 347-371

– Singh (R.) et STEYN (K.), « Legitimate Expectation Update 1997 », *JR* 1997, pp. 33-34

– SKINNER (P.), « Retrospective invalidation of administrative decisions – the reverse second actor », *LQR* 2014, pp. 382-385

– SRIRANGAM NADHAMUNIL (V.), « Suspending invalidity while keeping faith with nullity : an analysis of the suspension order cases and their impact on our understanding of the doctrine of nullity », *PL* 2015, pp. 596-613

– STARMER (K.) et KLUG (F.), « Incorporation through the back door ? », *PL* 1997, pp. 223-233

– STEELE (I.), « Note on R. (national Association of Health Stores) v. Department of Health », *JR* 2005, pp. 232-236

– STEELE (I.), « Substantive legitimate expectations : striking the right balance ? », *LQR* 2005, pp. 300-328

– STEPHEN (S.), « La prise de décision par le juge anglais », *RIDC* 1998, pp. 817-819

– STOCQUART (E.), « Les origines et le développement de la législation industrielle et sociale en Angleterre », *RDP* 1896, pp. 457-468

– STRAW (J.), « The Human Rights Act – ten years on », *EHRLR* 2010, pp. 576-581

– SUMMERS (R.), « Justiciability », *MLR* 1963, 530-538

– SUNKIN (M.) et LE SUEUR (A.), « Applications for judicial review : the requirement of leave », *PL* 1992, pp. 102-129

– SUPPERSTONE (M.), STILITZ (D.) et SHELDON (C.), « ADR and Public Law », *PL* 2006, pp. 299-319

– SUTER (J.), YOUNG (F.) et EMBLEY (P.), « Royaume-Uni » pp. 603-649 in *Les juridictions des États membres de l'Union européenne. Structure et organisation*, sous la dir. de la Cour de Justice des communautés européennes, Luxembourg, 2009

– TANNEY (A.), « Procedural exclusivity in administrative law », *PL* 1994, pp. 51-68

– TASIOULAS (J.), « The Paradoxe of Equity », *CLJ* 1996, pp. 456-469

– THOMAS (D.), « How Irrational Does Irrational Have To Be ?: Wednesbury in Public Interest, Non-Human Rights Cases », *JR* 2008, pp. 258-266

– THOMAS (R.), « Mapping immigration judicial review litigation : an empirical legal analysis », *PL* 2015, pp. 652-578

– THOMPSON (K.) et JONES (B.), « Administrative law in the United Kingdom », pp. 217-244, in *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States, A Comparative Analysis*, sous la dir. de R. Seerden, 3e éd., Intersentia, Portland, 2012

– TOMKINS (A.),« The role of the Courts in the Political Constitution », *The University of Toronto Law Journal* 2010, pp. 1-22

– TOMKINS (A.), « What's Left of the Political Constitution ? », *German Law Journal* 2013, pp. 2275-2292

– TOUBE (D.), « Requiring Reasons at Common Law », *JR* 1997, pp. 68-74

– TUCKER (A.), « Constituional Writing and Constitutional Rights », *PL* 2013, pp. 345-362

– TURNER (I.), « Judicial Review, Irrationality and the Review of Merits », *Nottingham Law Journal* 2006, vol. 15(2), pp. 37-50

– TURNER (I.),« Judicial Review, Irrationality, and the Legitimaticy of Merits-Review », *Liverpool Law Review* 2008, pp. 309-333

– TURNER (I.),« Irrationality, the Human Rights Act and the Limits of Merits-Review », *Nottingham Law Journal* 2009, vol. 18(1), pp. 18-36

– TURNER (I.), « Judicial Review, Irrationality and the Limits of Intervention by the Courts », *King's Law Journal* 2010, pp. 311-331

– VANDERMAN (Y.), « Ultra Vires Legitimate Expectations : An Argument for Compensation », *PL* 2012, pp. 85-104

– VARUHAS (J.NE.), « Judicial review : standing and remedies », *CLJ* 2013, pp. 243-247

– VARUHAS (J.NE.), « The reformation of English administrative law ? « Rights », rethoric and reality », *CLJ* 2013, pp. 369-413

– WADE (H.W.R), « The Basis of Legal Sovereignty », *CLJ* 1955, pp. 172-197

– WADE (H.W.R.), « Unlawful Administrative Action : Void or Voidable ? », 2 articles, *LQR* 1967, pp. 499-526 et *LQR* 1968, pp. 95-115

– WADE (H.W.R.), « Procedure and Prerogative in Public Law », *LQR* 1985, pp. 180-199

– WADE (H.W.R.), « Sovereignty – revolution or evolution ? », *LQR* 1996, pp. 568-575

– WAINWRIGHT (R.), « L'action déclaratoire en droit administratif anglais », *EDCE* 1981-1982, pp. 23-30

– WALKER (P.), « What's wrong with irrationality ? », *PL* 1995, pp. 556-576

– WALTERS (M), « Is Public Ordinary ? », *MLR* 2012, pp. 814-913

– WARBURTON (M.), « Les transformations du « gouvernement local » », pp. 283-304 in *La décentralisation dans les États de l'Union Européenne*, sous la dir. de A. Delcamp et J. Loughlin, La documentation française, Paris, 2002

– WICKS (E.), « The United Kingdom Government's Perceptions of the ECHR at the Time of Entry », *PL* 2000, pp. 438-455

– WILBERFORCE (R.), « La Chambre des Lords », *RIDC* 1978, pp. 85-96

– WILBERFORCE (R.), « Lord Diplock and administrative law », *PL* 1986, pp. 6-7

– WILLIAMS (D.G.T.), « Statute Law and Administrative Law », *Statute Law Review* 1984, pp. 157-168

– WILLIAMS (D.), « Bias, the judges and the separation of powers », *PL* 2000, pp. 45-60

– WILLIAMS (R.), « When is an Error not an Error ? Reform of Jurisdictional review of Error of Law and Fact », *PL* 2007, pp. 793-808

– WILLIAMS (R.), « The multiple doctrines of legitimate expectations », *LQR* 2016, pp. 639-663

– WILLIAMS (R.), « Structuring substantive review », *PL* 2017, pp. 99-123

– WILLSON (F.M.G.), « Ministries and Boards : Some Aspects of Administrative Development since 1832 », *Public Administration* 1955, pp. 43-58

– WOLLMANN (H.), « La décentralisation en Angleterre, en France et en Allemagne, de la divergence historique à la convergence ? » *RFAP* 1999, pp. 313-328

– WRIGHT (J.), « Interpreting Section 2 of the Human Rights Act 1998 : Towards and Indigenous Jurisprudence of Human Rights », *PL* 2009, pp. 595-616

– YARDLEY (D.C.M.), « Remedies in Administrative Law », *British Journal of Administrative Law* 1958, pp. 69-89

– YOUNG (A.), « In Defence of Due Deference », *MLR* 2010, pp. 554-580

– YOUNG (A.),« Deference, Dialogue and the Search for Legitimacy », *OJLS* 2010, pp. 815-831

– YOUNG (A.), « Will You, Won't You, Will You Join the Deference Dance », *OJLS* 2014, pp. 1-20

– YOUNG (J.) et CAMPBELL (D.), « The metric martyrs and the entrenchement jurisprudence of Lord Justice Laws », *PL* 2002, pp. 399-406

– ZAMIR (I.), « The Declaratory Judgment v. The Prerogative Orders », *PL* 1958, pp. 341-357

– ZELLICK (G.), « Government Beyond Law », *PL* 1985, pp. 283-308

C. Droit comparé et comparaison

– ADJEI (C.), « The Comparative Perspective and the Protection of Human Rights *à la française* », *OJLS* 1997, pp. 281-301

– AGUILA (Y.), « La justice administrative, un modèle majoritaire en Europe. Le mythe de l'exception française à l'épreuve des faits », *AJDA* 2007, pp. 290-294

– ANCEL (M.) et VAN CAMELBEKE (M.), « Deux dates mémorables dans le développement du droit comparé en France », *RIDC* 1982, pp. 131-144

– ANDENAS (M.) et BJORGE (E.), « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme : quel rôle pour le juge interne ? », *RIDC* 2012, pp. 383-415

– ANTOINE (A.) et FAIRGRIEVE (D.), « Écrire les décisions de justice... un comparaison franco-britannique », *RDP* 2014, pp. 759-783

– AUBY (J.-B.), « Le droit administratif français vu du droit comparé », *AJDA* 2013, pp. 407-410

– BELL (J.), « A French lesson in judicial review », *OJLS* 1982, pp. 142-146

– BELL (J.),« Le droit administratif comparé au Royaume-Uni », *RIDC* 1989, pp. 887-892

– BELL (J.),« English Law and French law – Not So Different ? », *CLJ* 1995, pp. 63-101

– BLAGOJEVIC (B. T.), « Le droit comparé. Méthode ou science », *RIDC* 1953, pp. 649-657

– BOUGHEY (J.), « Administrative Law : The Next Frontier for Comparative Law », *ICLQ* 2013, pp. 55-95

– BOYRON (S.), « Proportionality in English Administrative Law : A Faulty Translation ? », *OJLS* 1992, pp. 237-264

– BOYRON (S.), « The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes : Experiences from England, France and Germany », *PL* 2006, pp. 320-343

– BRETONNEAU (A.), DAHAN (S.) et FAIRGRIEVE (D.), « L'influence grandissante du droit comparé au Conseil d'État : vers une procédure juridictionnelle innovante ? », *RFDA* 2015, pp. 855-860

– BRUNEAU (A.-A.), « Fondement des systèmes de droit anglais et français », *La Revue du Droit*, 1923-1924, t. II, pp. 413-423

– CASTILLO-WYSZOGRODZKA (S.), « La motivation des décisions de justice : perspective comparatiste », *Dalloz* 2014, n°32, pp. 1838-1843

- CINTURA (P.), « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », *RIDC* 1972, pp. 657-676

- COCATRE-ZILGIEN (A.), « Le contrôle juridictionnel de l'administration en France et en Angleterre », *Revue Politique et Parlementaire* 1955, 2 articles, pp. 244-251 et pp. 395-408

- COFFIN (F.N.), « Judicial Balancing : the Protean Scales of Justice », *New York University Law Review* 1988, pp. 16-42

- DAVID (R.), « le droit comparé, enseignement de culture générale », *RIDC* 1950, pp. 682-685

- DAVID (R.), « Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains », *Archives de Philosophie du Droit* 1963 pp. 3-20

- DE VITA (A.) « Aperçu comparatif », *RIDC* 1998. pp. 809-815

- ERRERA (R.), « Dicey and French Administrative Law : A Missed Encounter ? », *PL* 1985, pp. 695-707

- FAIRGRIEVE (D.), « État de droit and rule of law : comparing concepts – a tribute to Roger Errera », *PL* 2015, pp. 40-59

- FROMONT (M.), « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences », *RFDA* 2002, pp. 551-560

- FROMONT (M.), « La justice administrative en Europe : différences et convergences. Rapport de synthèse du colloque », *RFDA* 2008, pp. 267-271

- GAUDEMET (Y.), « le droit administratif en France », *RIDC* 1989, pp. 899-905

- GAUDEMET (Y.), « L'exportation du droit administratif français. Brèves remarques en forme de paradoxe », pp. 431-441 in *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, sous la coordination de M. Borgetto, LGDJ, Paris, 1999

- GLASSON (E.), « La justice en Angleterre et en France », *RDP* 1895, pp. 40-69

- GORISSE (P.), « La sanction du comportement contradictoire de l'administration : l'apport des droits étrangers au contentieux administratif français », *RFDA* 2017, pp. 593-603

- GRAVESON (R.H.), « L'influence du droit comparé sur le rapprochement des peuples », *RIDC* 1958, pp. 501-509

- HAGUENAU (C.), « Le domaine de la loi en droit français et en droit anglais », *RFDC* 1995, pp. 247-285

- HAGUENAU-MOIZARD (C.), « La législation sur l'état d'urgence – une perspective comparatiste », *Dalloz* 2016, p. 665-671

- HAMSON (C.J.), « Civil Procedure in France and England », *CLJ* 1950, pp. 411-418

– HAMSON (C.J.), « Droit comparé et enseignement du droit », *RIDC* 1950, pp. 671-681

– HAMSON (C.J.), « Vues anglaises sur le Conseil d'État », *RDP* 1956, pp. 1049-1057

– HAMSON (C.J.) « La notion de légalité dans les pays occidentaux », *RIDC* 1958, pp. 5-15

– HAUT (F.), « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *RIDC* 1989, pp. 907-914

– IZORCHE (M.-L.), « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *RIDC* 2001, pp. 289-325

– JAFFE (J.J.), « The right to judicial review », *Harvard Law Review* 1958, n°71, pp. 401-437

– JAFFE (L.L.), « Standing to secure judicial review : public actions », *Harvard Law Review* 1961, 2 articles, vol. 74 pp. 1265-1314 et vol. 75 pp 255-305

– JALUZOT (B.), « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC* 2005, pp. 29-48

– KAHN (P.W.), « The Court, the Community and the Judicial Balance : the Jurisprudence of Justice Powell », *Yale Law Journal* 1987, pp. 1-59

– KAHN-FREUND (O.), « On Uses and Misues of Comparative Law », *MLR* 1974, pp. 1-27

– KIRBY (M.), « Judicial dissent – common law and civil law traditions », *LQR* 2007, pp. 379-400

– LEFAS (A.), « Essai de comparaison entre le concept de « natural justice » en droit administratif anglo-saxon et les « principes généraux du droit » ainsi que les « règles générales de procédure » en droit administratif français », *RIDC* 1978, pp. 745-775

– LEGEAIS (R.), « L'utilisation du droit comparé par les tribunaux », *RIDC* 1994, pp. 347-358

– LEGRAND (P.), « Pour le common law », *RIDC* 1992, pp. 941-947

– LEGRAND (P.), « À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique », *RIDC* 1993, pp. 879-888

– LEGRAND (P.), « Comparative Legal Studies and Commitment to Theory », *MLR* 1995, pp. 262-273

– LEVY-ULLMANN (H.), « Comment un français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du droit anglais et du droit anglo-américain ? », *Bulletin de la Société de législation comparée* 1919, pp. 64-105

– MALLAT (C.), « Un comparatiste anglais au XVIIIe siècle. Influences françaises sur la Common Law dans l'œuvre de Lord Mansfield », *RHD* 1994, pp. 383-400

- MANNORI (L.), « Une histoire de la doctrine en droit administratif », pp. 13-24, in *La doctrine en droit administratif*, Colloque organisé par l'AFDA, actes chez Lexis Nexis, Paris, 2010

- MARCOU (G.), « Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale », *RFDA* 2006, pp. 84-95

- MARKESINIS (B.S), « L'enseignement du droit comparé sous l'éclairage de la jurisprudence », *RRJ* 1985, n°3, pp. 866-887

- MARKESINIS (B.S), « Comparative Law - A Subject in Search of an Audience », *MLR* 1990, pp. 1-21

- MELLERAY (F.), « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA* 2004, pp. 1224-1229

- MESTRE (J.-L.), « Juridictions judiciaires et annulation des actes administratifs dans la France d'Ancien-Régime et en Angleterre », *Annuaire d'histoire administrative européenne*, n°8, 1996, pp. 37-53

- MOCKLE (D.), « L'État de droit et la théorie de la rule of law », *Les Cahiers du droit* 1994, pp. 823-904

- MORETEAU (O.), « Les frontières de la langue et du droit : vers une méthodologie de la traduction juridique », *RIDC* 2009, pp. 695-713

- MUIR WATT (H.), « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000, pp. 203-527

- PEPY (D.), « Justice anglaise et justice administrative française », *EDCE* 1956, pp. 159-175

- PFERSMANN (O.), « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, pp. 275-288

- PONTHOREAU (M.-C.), « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC* 2005, pp. 7-27

- PORAT (I.), « Some Critical Thoughts on Proportionality », pp. 243-250 in *Reasonableness and Law*, sous la dir. de G. Bongiovanni, G. Sartor et C. Valentini, Springer, Londres, 2009

- PORAT (I.), « The Dual Model of Balancing : A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional law », *Cardozo Law Review* 2006, pp. 1393-1448

- RESNIK (J.) et CURTIS (D.E.), « Images of Justice », *Yale Law School* 1987, pp. 1727-1772

- RIVERO (J.), « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », pp. 619-639 in *Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, Mélanges W.J. Ganshof Van der Meersch, t. III., 1972

- RUDDEN (B.), « Comparative law in England », pp. 79-89 in *Comparative Law and Legal*

System : Historical and Socio-Legal Perspectives, sous la dir. de W.E. Butler et V.N. Kudriavtsev, Oceana Publications, Londres, 1985

- SARFATTI (M.), « Le droit comparé en fonction de l'unification du droit », *RIDC* 1951, pp. 69-74

- SIMMONDS (K.R.), « Grande-Bretagne. Notion et objectif d'une revue de droit comparé », *RIDC* 1975, pp. 73-77

- WAGNER (W.J.), « Research in Comparative Law : Some Theoritical Considerations », pp. 511-534 in *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, sous la dir de R.A. Newman, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962

- WOEHRLING (J.-M), « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe de l'Ouest : Particularismes et Convergences », *Revue Européenne de Droit Public* 1994, pp. 353-389

- ZILLER (J.), « Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe », *AJDA* 1999, pp. 635-644

- ZILLER (J.), « L'administration », pp. 735-765, in *Traité international de droit comparé*, t. III, sous la dir. de M. Troper et D. Chagnollaud, Dalloz, coll. Thémis, 2012, 825 pages

D. Droit européen

- BETLEM (G.), « The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty », *OJLS* 2002, pp. 397-418

- BRECHOT (F.-X.), « Clap de fin pour la conservation généralisée des données de connexion en Europe ? », *Revue de l'Union européenne* 2017, pp. 178-187

- DE BÙRCA (G.), « Giving Effect to European Community Directives », *MLR* 1992, pp. 215-240

- DORD (O.), « La loi constitutionnelle du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen : une révision de trop ? », pp. 61-79 in *Le mandat d'arrêt européen*, sous la dir. de M.-E. Cartier, Bruylant, Bruxelles, 2005

- ELLIOTT (M.),« Constitutional legislation, European Union law and the nature of the United Kingdom's contemporary Constitution », *European Constitutional Law Review* 2014, pp. 379-392

- GRIEF (N.), « The Domestic Impact of the European Convention on Human Rights as Mediated through Community Law », *PL* 1991, pp. 555-567

- HARBO (T.-.I.), « The Function of the Proportionality Principle in the EU Law », *European Law Journal* 2010, pp. 158-185

- LABAYLE (H.), « Le contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. L'entraide judiciaire européenne au Palais Royal », *RFDA* 2003, pp. 442-469

- MAHONEY (P.), « The relationship between the Strasbourg court and the national courts », *LQR* 2014, pp. 568-586

- MOUTON (J.-D.), « L'état membre entre souveraineté et respect de son identité : quelle union européenne ? », *Revue de l'Union européenne* 2012, p. 204-209

- NABLI (B.), « L'identité (constitutionnelle) nationale : limite à l'Union européenne ? », *Revue de l'Union européenne* 2012, p. 210-215

- ONDOUA (A.), « L'ordre constitutionnel français à l'épreuve de la décision cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen », *AJDA* 2003, pp. 1368-1374

- PACHNOU (D.), « Direct and indirect effect of Directives and state liability : their applicability in relation to procurement remedies », *Public Procurement Law Review* 2000, pp. 251-260

- RIFAT TINÇ (M.), « Le contrôle de proportionnalité des mesures nationales restrictives des échanges », *Revue de Droit de l'Union européenne*, 2010, pp. 791-843

- RODIERE (P.), « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTD. Eur.* 2008, pp. 47-66

- SAFJAN (M.), DÜSTERHAUS (D.) et GIERIN (A.), « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux, de la *mise en œuvre* à la *mise en balance* », *RTD Eur.*, 2016, pp. 219-247

- SUDRE (F.), « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 13 mars 2017, pp. 502-513

Index lexical

- A -
actes de droit souple.....**593 s., 908 s.**
actes de gouvernement.....**587 s., 610 s., 858 s.**
argument conséquentialiste.....**847 s.**
attente légitime (*legitimate expectation*).....**910 s., 969 s.**

- B -
bilan coûts-avantages.....**779 s., 944 s.**
bloc de constitutionnalité.....**436 s, 445 s., 452 s.**
bonne administration.....**18, 44, 274 s., 287, 615 s., 830 s., 844 s., 854, 866, 868 s.**

-C-
cas d'ouverture..... **523 s., 655 s.**
casuistique.....**122 s., 284, 591 s., 595, 605 s., 684, 724 s., 806 s., 853 s., 913 s., 916 s., 959, 975 s.**
champ des recours.....**61 s., 523 s., 587 s.**
contrôle de conventionnalité.....**448 s., 477, 485, 487**
contrôle de proportionnalité.....**333, 349 s., 744 s., 749 s., 935 s., 963 s., 976 s.,**
« contrôle plus poussé ».....**735 s., 768 s., 774 s., 784 s.,**
Convention européenne….....**487 s. 534 s., 715 s., 739 s., 744 s., 756 s., 769 s., 783 s., 786 s., 794 s., 796 s., 964 s.**
Criminal Justice and Courts Act.....**287, 401, 413, 419, 690, 844, 931**

- D-
décisions polycentriques.....**823, 845**
déférence.....**819 s., 844, 846, 849, 863 s., 935 s., 957 s., 967 s.**
droit administratif.....**191 s, 665 s., 836 s.**
droit commun européen.....**24, 30, 989 s.**
droit comparé.....**22 s., 33, 35 s.**
droits constitutionnels.....**442,714 s., 736 s., 772**
dualisme de l'ordre juridique.....**309, 462 s.**

-E-
État légal.....**300 s., 406, 629, 631 s., 634, 644**
État de droit..... **629 s., 651 s., 666 s., 677, 700, 818**
exclusivité procédurale.....**69, 71 s., 260, 268 s., 279**
existentialisme.....**132, 141, 152, 855**

-F-
faisceau d'indices (méthode du).....**92 s., 112, 120 s., 126, 131 s., 147 s., 153 s., 169, 174, 177**

-H-
Human Rights Act..... **68 s., 149 s., 499 s., 510 s., 672 s., 715 s., 720 s., 746 s., 767 s., 783 s., 792 s.**

-I-
intensité (du contrôle).....**580 s., 768 s., 788 s., 820 s., 935 s.**
intérêt à agir.....**385 s., 408 s., 595, 658, 677 s., 866 s.**

intérêt général.....**218 s., 274, 280 s., 286, 288**
irrationalité (contrôle de l').....**577 s.**
jurisdiction.....**342, 362 s., 407, 541**
justiciabilité.....**602 s., 862 s.**

-L-
« loi constitutionnelle ».....**440 s., 449 s., 521, 674, 736**

-M-
merits.....**322 s., 367 s., 548, 554, 581, 767 s., 787, 793 s., 821, 824, 843 s.**
mesures d'ordre intérieur.....**493 s., 683 s.**
mise en balance.....….....**291, 625 s., 780 s., 805 s., 822 s., 836 s., 897 s., 918 s., 964 s., 975, 981 s.**
motivation des décisions de justice.....**153 s.**

-N-
natural justice.....**264, 564 s., 648, 971**

nécessités de l'action administrative.....**193, 260, 284, 289, 806 s., 831 s., 838 s., 857 s.**

-O-
opportunité (contrôle de l').....**322 s., 347 s.**

-P-
pragmatisme.....**836 s., 846 s.**
prérogative royale.....**86 s., 597 s., 615, 618**
prerogative writs.....**6 s., 9, 13 s., 20, 45 s., 257, 266**
principe de légalité.....**295 s., 429 s.**
« principe de légalité » (*principle of legality*).....**735 s.**
principes généraux du droit.....**699 s., 728 s., 748 s.**

-R-
recours objectif.....**378 s., 396 s.**
remedies.....**6 s., 20 s., 287, 403 s., 897 s.**
rights-based approach.....**671 s.**
rule of law.....**241 s., 252 s., 305 s., 629 s., 645 s.**

-S-
souveraineté du Parlement.....**83 s, 304 s., 431 s., 440 s, 462 s., 480 s., 517 s., 616 s., 736 s., 844**
subjectivisation.....**665 s., 689 s., 840 s., 888, 974 s.**
supervision.....**9, 15, 45 s.**

-T-
théorie des feux routiers.....**270, 284**
Tribunals.....**21 s., 64, 253, 263**

-U-
ultra vires (théorie de l').....**309 s., 363 s., 405 s., 615 s., 629, 672, 674, 689 s.**
Union européenne.....**32, 469 s., 616, 618, 751 s., 764, 771, 806, 899, 901**

-V-

void/voidable.....**340, 889 s.**

Index jurisprudentiel

Juridictions françaises

- Conseil constitutionnel -

- 1970 – 1979 -

CC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, n°71-44 DC, rec. 29.....304, 437
CC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, rec. 19.....460
CC, 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, rec. p. 33.....438
CC, 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*, rec. 42.....438
CC, 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, rec. 31.....438
CC, 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, rec. 33.....438

- 1980 – 1989 -

CC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, rec. 46.....438
CC, 23 janvier 1983, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, décision n°86-224 DC, rec. 8.....68, 96, 127, 136

- 1990 – 1999 -

CC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, rec. 48.....438
CC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, n° 96-373 DC 730
CC, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à la partie législative de certains codes*, rec. 136.....640

- 2000 – 2009 -

CC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, rec. 49.....446, 636, 641
CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, rec. 101.....477
CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, rec. 173.....478
CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, rec. 88.....477
CC, 22 février 2007, *Loi relative aux règles d'urbanisme applicables dans le périmètre de l'opération d'intérêt national de La Défense et portant création d'un établissement public de gestion du quartier d'affaires de La Défense*, rec. 76.....438

- 2010 – 2017 -

CC, 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, rec. 1094.....638
CC, 10 mai 2016, *Mme Eve G.*, décision n°2016-539 QPC et *Société Groupement civil foncier rural Namin and Co*, n°2016-540 QPC.....166

- Conseil d'État -

- 1832 – 1889 -

CE, 24 mars 1832, *Veuve Bouillet*, rec. 91.....17
CE, 15 juillet 1832, *Préfet de la Seine*, rec. 382.....17
CE, 20 mars 1862, *Villes de Châlons c. Navarre*, rec. 234.....866
CE, 24 février 1864, *Lesbats*, rec. 209.....361
CE, 9 février 1865, *d'Andigné de Resteau*, rec. p. 171.....44
CE, 13 mars 1867, *Bizet*, rec. 271.....361
CE, 9 mai 1867, *Duc d'Aumale*, rec. 472.....588
CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, rec. 155.....588
CE, 26 novembre 1875, *Pariset*, rec. 934.....362, 537
CE, 30 avril 1880, *Harouel et Morin*, rec. 419.....528
CE, 30 juin 1893, *Gugel*, rec. 544.....589
CE, 17 novembre 1893, *Commune de Quilleboeuf*, rec. 751.....387, 883
CE, 24 décembre 1897, *Le Buf*, rec 848.....392
CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon, Sirey* 1900.3.74.....44

- 1900 – 1929 -

CE, 29 mars 1901, *Casanova*, rec. 333.....387, 808, 815
CE, 31 janvier 1902, *Grazietti*, rec. 55.....325
CE, 6 février 1903, *Terrier*, rec. 90.....90, 96
CE, 1er mai 1903, *Sieurs Bergeon, Dalle et autres*, rec. 323.....393
CE, 1er juin 1906, *Alcindor*, rec. 515.....387
CE, 30 novembre 1906, *Jacquin et autre*s, rec. 862.....303, 384
CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, rec. 962.....387
CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*, rec. 977.....387
CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, rec. 181.....360, 762
CE, 23 juillet 1909, *Fabrègue*, rec. 727.....537
CE, 4 mars 1910, *Thérond*, rec. 193.....90
CE, 8 mars 1912, *Lafage et Schlemmer*, rec. 348.....352, 841
CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, rec. 553.....817
CE, 4 avril 1914, *Gomel*, rec. 488.....543
CE, 14 janvier 1916, *Camino*, rec. 15.....323, 332, 542
CE, 7 avril 1916, *Astruc*, rec. 163.....225
CE, 10 août 1917, *Baldy*, rec. 636.....777
CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, rec. 651.....330, 814

CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, rec. 208.....813
CE, 8 août 1919, *Labonne*, rec. 737.....303
CE, 25 novembre 1921, *Société « Les savonneries Henri Olive »*, rec. 977 .....209, 215
CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, rec. 1109.....91
CE, 27 juillet 1923, *Gheusi*, rec. 638.....225
CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, rec. 789.....713
CE, 4 juillet 1924, *Beaugé*, rec. 641.....537
CE, 5 février 1926, *Caraco*, rec. 125.....590
CE, 13 février 1930, *Dufour*, rec. 176.....388

- 1930 – 1949 -

CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* rec. 583 .....219, 223, 815
CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, rec. 541.....544, 762, 778
CE, Ass., 3 juillet 1933, *Karl et Toto Samé*, rec. 727.....457
CE, 14 mars 1934, *Demoiselle Raul*t, rec. 337.....537
CE, Sect., 8 juin 1934, *Augier*, rec. 660.....338
CE, Sect., 1er mai 1936, *Couespel de Mesnil*, rec. 485.....530
CE, Sect., 7 février 1936, *Jamart*, rec. 172.....816
CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi et Courdet* (2 espèces), rec. 966.....303, 460
CE, Ass., 28 mai 1937, *Decerf*, rec. 584.....591
CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse Primaire « Aide et Protection »*, rec. 417.....91
CE, Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, rec. 239.....74, 135
CE, Sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, rec. 133.....532, 701
CE, 26 octobre 1945, *Aramu*, rec. 213.....701, 705, 711
CE, Ass., 7 février 1947, *d'Aillières*, rec. 50.....730
CE, 28 mars 1947, *Gombert*, rec. 138.....589
CE, 26 juillet 1947, *Duprat*, rec. 358.....534
CE 14 janvier 1948, *Canavaggia*, rec. 18.....922
CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, rec. 289.....640, 701
CE, Sect., 24 juin 1949, *Sieur Nègre*, rec. 304.....532

- 1950 – 1959 -

CE, Sect., 27 janvier 1950, *Billard et Legrand*, rec. 58.....529, 531
CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, rec. 110.….361, 641, 701, 729
CE, 8 mars 1950, *Sieur Litaudon*, rec. 147.....731
CE, Sect., 26 mai 1950, *Société laitière provençale*, rec. 314.....880
CE, Sect., 30 juin 1950, *Quéralt*, rec. 413.....731
CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, rec. 42.....436, 439
CE, Ass., 29 juillet 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État*, rec. 492.....713
CE, Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, rec. 151.....701
CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, rec. 362.....735
CE, Ass., 4 avril 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie et autres*, rec. 210.....710, 730
CE, Ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, rec. 291.....456
CE, Sect., 24 octobre 1952, *Demoiselle Thèse*, rec. 469.....527

CE, Sect., 20 février 1953, *Société Intercopie*, rec. 88.....393
CE, Ass., 13 mars 1953, *Teissier*, rec. 133.....543
CE, 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, rec. 175.....729
CE, Ass., 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, rec. 64.....817
CE, 14 mars 1954, *Lacombe*, rec. 181.....880
CE, Sect., 2 avril 1954, *Demoiselle Thévenot et Saumont*, rec. 210.....875
CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, rec. 308.....530, 540, 735
CE, Ass., 15 juillet 1954, *Société des aciéries et forges de Saint-François*, rec. 842.....393
CE, 29 octobre 1954, *Taurin et Mérienne*, rec. 566.....590
CE, 12 juillet 1955, *Société régionale du Jura et Banque régionale du Jura*, rec. 420.....535
CE, Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, rec. 16.....97, 119, 138
CE, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, rec. 317.....437
CE, Sect., 19 octobre 1956, *Société « Le Béton »*, rec. 375.....69, 96, 97
CE, Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, rec. 434.....133
CE, Ass., 16 novembre 1956, *Villa*, rec. 433.....457
CE, 11 janvier 1957, *Louvard*, rec. 57.....537
CE, Sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, rec. 15.....136
CE, 15 mars 1957, *Israël*, rec. 174.....393
CE, 7 juin 1957, *Condamine*, *RDP* 1958, p. 98.....436
CE, Ass., 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de chênes-lièges d'Algérie*, rec. 74.....701
CE, Sect., 14 février 1958, *Abisset*, rec. 98.....388
CE, 25 avril 1958, *Dame veuve Barbaza*, rec. 228.....135, 136
CE, Ass., 10 octobre 1958, *Union de la propriété bâtie*, rec. 480.....872
CE, 16 janvier 1959, *Ministre de la santé publique c. Westermayer*, rec. 43.....920
CE, Sect., 23 janvier 1959, *Derambure*, rec. 68.....734
CE, Sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, rec. 394.....711, 733
CE, Sect., 26 juin 1959, *Syndicat algérien de l'éducation surveillée CFTC*, rec. 399.....393

- 1960 – 1969 -

CE, Sect., 12 février 1960, *Société Eky*, rec. 101.....437, 733
CE, Ass., 24 juin 1960, *Société Frampar et société France éditions et publications*, rec. 412.....538
CE, Sect., 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye*, rec. 570.....668
CE, Ass., 4 novembre 1960, *Syndicat du personnel de l'Assemblée de l'Union Française*, rec. 596 534
CE, Sect., 13 janvier 1961, *Sieur Magnier*, rec. 32.....96
CE, 15 février 1961, *Alfred-Joseph*, rec. 114.....527
CE, 21 avril 1961, *Dame Agnesi*, rec. 253.....136
CE, Sect., 6 octobre 1961, *UNAPEL*, rec. 550.....816
CE, Sect., 13 octobre 1961, *Etablissements Campanon-Rey*, rec. 567.....136
CE, 10 janvier 1962, *Riveccio*, rec. 15.....538
CE, Sect., 4 mai 1962, *Lacombe*, rec. 300.....534
CE, Sect., 12 octobre 1962, *Ministre de la Construction c. Compagnie immobilière de la région parisienne*, rec. 536.....875
CE 10 décembre 1962, *Société indochinoise de constructions électriques et mécaniques*, rec. 676 439
CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, rec. 401.....92, 159
CE, Sect., 8 novembre 1963, *Ministre de l'Agriculture c. Société coopérative d'insémination artificielle de la Vienne*, rec. 532.....533

CE, 13 novembre 1963, *Ducatez et ministre de la Construction c. Delhaye*, rec. 554.....919
CE, 4 mars 1964, *Dame Veuve Borderi*e, rec. 157.....537
CE, Sect., 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaire*s, rec. 242 817
CE, Sect., 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, rec. 399.....734
CE, Sect., 15 juillet 1964, *Jacquier*, rec. 433.....534
CE, Ass., 23 octobre 1964, *D'Oriano*, rec. 486.....730
CE, 23 juin 1965, *Compagnie normande d'études*, rec. 387.....688
CE, Ass., 13 juillet 1965, *Société Navigato*r, rec. 423.....457
CE, Sect., 15 octobre 1965, *Union fédérale des magistrats et sieur Reliquet*, rec. 515.....814
CE, Ass., 30 mars 1966, *Guyot et Société Ignazio Messina (2 espèces)*, rec. 258.....589
CE, Ass., 3 février 1967, *Confédération générale vignerons du midi*, rec. 55.....436
CE, Sect., 10 mars 1967, *Société Les Ardoisières d'Ange*rs, rec. 116.....436
CE, Sect., 24 novembre 1967, *Sieur Noble*, rec. 443.....384
CE, Ass., 12 janvier 1968, *Dame Perrot*, rec. 79.....333, 921
CE, Sect., 1er mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, rec. 149.....460
CE, 24 avril 1968, *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc*, rec. 256.....76
CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, rec. 606.....589
CE, Sect., 23 mai 1969, *Société « Distillerie Brabant et Cie »*, rec. 264.....906
CE, 14 mars 1969, *Ville Perpignan*, rec. 156.....67
CE, 8 décembre 1969, *Sieur Arcival et autres c/ S.A.F.A.L.T.*, rec. 695.....160

- 1970 – 1979 -

CE, Ass., 27 novembre 1970, *Agence Maritime-Fret, Compagnie Générale Transatlantique et autres*, rec. 704.....529
CE, Sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, rec. 750.....172, 905
CE, 26 mars 1971, *Sieur Steffen*, rec. 257.....332
CE, 7 mai 1971, *Rockert*, rec 33.....527
CE, Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »*, rec. 409..779, 939
CE, Sect., 20 juillet 1971, *Mehu et autres*, rec. 567.....765
CE, 20 juillet 1971, *Ville de Sochau*x, rec. 561.....537
CE, Ass., 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la faculté de lettres de Paris*, rec. 86.....919
CE, 15 mars 1972, *Dame veuve Sadok Ali*, rec. 213.....460
CE, Ass., 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, rec. 657.....332, 940
CE, Sect., 2 mars 1973, *Demoiselle Arbousset*, rec. 189.....734
CE, Ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, rec. 406.....703, 709, 711
CE, Ass., 6 juillet 1973, *Michelin et Veyret*, rec. 481.....527
CE, Sect., 26 octobre 1973, *Grassin*, rec. 598.....940
CE, Ass., 22 février 1974, *Adam*, rec. 145.....947
CE, Sect., 24 mai 1974, *Société Paul Millet*, rec. 310.....203, 232
CE, Sect., 7 mars 1975, *Association des amis de l'Abbaye de Fontevraud*, rec. 179.....924
CE, Ass., 27 avril 1975, *Demoiselle Serre*, rec. 302.....528
CE, Sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la Région montpelliéraine*, rec. 326.....76, 80
CE, 5 novembre 1975, *Sté Pavita*, rec. 544.....352
CE, 4 févr. 1976, *Elissonde*, rec. t. 1069.....352
CE, Sect., 30 avril 1976, *Lacorne*, rec. 224.....541

CE, Ass., 5 mai 1976, *Société d'aménagement foncier d'établissement rural d'Auvergne et ministre de l'agriculture c/ Bernette*, rec. 232.....332, 782
CE, 7 juillet 1976, *Epoux Arnaud*, rec. t. 1069.....883
CE, Sect., 23 juillet 1976, *Ministre du Travail c. Urssaf Jura*, rec. 362.....879
CE, 1er octobre 1976, *Soucasse*, rec. 386.....782
CE, Sect., 5 novembre 1976, *Zervudacki*, rec. 477.....532
CE, Sect., 31 décembre 1976, *Comité de défense des riverains de l'aéroport Paris-Nord*, rec. 580 ….....528
CE, Ass., 21 janvier 1977, *Ministre de l'Intérieur c. Dridi*, rec. 38.....778
CE, 7 octobre 1977, *Benouaret*, rec. t. 914.....540
CE, Sect., 9 juin 1978, *Lebon*, rec. 245.....338, 782, 789
CE, Sect., 27 octobre 1978, *Debout*, rec. p. 395.....491, 709
CE, Ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, rec. 493.....334,703, 711, 734
CE, Sect., 22 décembre 1978, *Vo Thanh Nghi*a, rec. 523.....592, 613, 859
CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit*, rec. 524.....470, 492
CE, Sect., 23 mars 1979, *Commune de Bouchemaine*, rec. 127.....937
CE, 11 mai 1979, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, rec. 203.....817
CE, Sect., 29 juin 1979, *Malardel*, rec. 294.....766, 780, 945, 946
CE, 27 juillet 1979, *Drexel-Dahlgren*, rec. 349.....940

- 1980 – 1989 -

CE, Sect., 9 mai 1980, *Société des établissements Cruse fils,* rec. 217.....532
CE, 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslem*, rec. t. 820.....778
CE, 4 février 1981, *Konaté*, *Dalloz* 1981, p. 353.....542
CE, Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, rec. 220.....490
CE, Ass., 20 novembre 1981, *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye*, rec. 429 .....872 et s.
CE, Sect., 8 janvier 1982, *Aldana Barreña*, rec. 9.....384, 687, 688
CE, Sect., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c. Mme Aragnou*, rec. 151.....703, 714
CE, 23 mars 1983, *Société Bureau Véritas*, rec. 133.....135
CE, 18 mai 1983, *Rodes*, rec. 199.....814
CE, 23 septembre 1983, *Lepetit*, rec. 372.....388
CE, Ass., 11 juillet 1984, *Subrini*, rec. 259.....491
CE, 27 juillet 1984, *Baillou*, rec. 306.....924
CE, 5 décembre 1984, *Préfet de police c. Société « Émeraude-Show » et autres*, rec. t. 477.....530
CE, 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, rec. 410.....471
CE, Sect., 8 février 1985, *Raballand*, rec. 36.....873
CE, Sect., 26 avril 1985, *Ville de Tarbes*, rec. 119.....224
CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et Crédit*, rec. 141.....138
CE, 27 septembre 1985, *France Terre d'Asile*, rec. 263.....439
CE, 2 octobre 1985, *Jeissou*, rec. t. 544.....135
CE, Ass., 20 décembre 1985, *SA Etablissements Outters c. Agence financière de bassin Seine-Normandie*, rec. 382.....447
CE, 25 juin 1986, *Mme Curtol*, rec. 177.....67
CE, 19 novembre 1986, *Société Smanor*, rec. 260.....937
CE, Ass., 2 février 1987, J*oxe et Bollon*, rec. 25.....389
CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV 6*, rec. 28.....541
CE, Ass., 8 février 1987, *Peltier*, rec. 128.....668

CE, 3 avril 1987, *Consorts Métayer et Epoux Lacour*, rec. 121.....766, 780
CE, Ass., 8 avril 1987, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation c. Peltier*, rec. 128.....544
CE, Ass., 8 avril 1987, *Procopio*, rec. 137.....883
CE, Sect., 29 avril 1987, *Consorts Yener et consorts Erez*, rec. 151.....613
CE, 24 juillet 1987, *Zimmermann*, rec. t. 562.....907
CE, Ass., 8 janvier 1988, *Ministre du Plan et de l'Aménagement du territoire c. Communauté urbaine de Strasbourg*, rec. 2.....392
CE, Ass., 1er avril 1988, *Bereciartua Echarri*, rec. 135.....705
CE, Sect., 27 avril 1988, *Mbakam*, rec. 172.....688
CE, Ass., 21 octobre 1988, *SA TF1*, rec. 365.....528
CE, Ass., 16 décembre 1988, *Bleton*, rec. 451.....439
CE, Sect., 23 décembre 1988, *Banque de France c. Huberschwiller*, rec. 464.....530
CE, Sect., 23 décembre 1988, *Cadilhac*, rec. 465.....688
CE, 23 décembre 1988, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Romans-sur-Isère*, rec. 471.....884
CE, 19 décembre 1988, *Mme Pascau*, rec. 459.....159
CE, 20 février 1989, *Allain*, rec. 6.....589, 860
CE, Sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, rec. 69.....79
CE, 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, rec. 152.....439
CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, rec. 190.....461, 496
CE, 3 novembre 1989, *Galliot*, rec. 223.....814

- 1990 – 1999 -

CE, 19 janvier 1990, *Dame Bodin*, rec. t. 553.....528
CE, 27 juin 1990, *Commune de Saint-Germain-sur-Morin*, rec. 170.....541
CE, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, rec. 171.....457, 778
CE, Sect., 6 juillet 1990, *Ministre du Budget c. Baptiste*, rec. 210.....527
CE, 20 juillet 1990, *Ville de Melun*, rec. 220.....160
CE, 27 juillet 1990, *Université de Paris Dauphine c. Ardant et Langlois-Meurinne*, rec. 238.....540
CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, rec. 251.....476
CE, 12 décembre 1990, *Torras*, rec. t. 669.....528
CE, Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres et Association pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement* (n°111417, non reproduit) (2 espèces), rec. 368.....389, 461, 489, 496
CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, rec. 18.....711, 778
CE, Sect., 25 janvier 1991, *Brasseur*, rec. 23.....907
CE, 22 février 1991, *Commune de Bagnères de Luchon c. Loquet*, rec. 63.....541
CE, Ass., 4 mars 1991, *Le Cun*, rec. 70.....788
CE, Sect., 8 mars 1991, *Ville de Maisons-Laffite*, rec. 85.....926
CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, rec. 152.....457, 778
CE, 8 juillet 1991, *Palazzi*, rec. 276.....471
CE, Sect., 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie de la Réunion*, rec. 302.....688
CE, Ass., 13 décembre 1991, *Nkodia et Dakoury*, rec. 439 et 440.....702
CE, 17 février 1992, *Société Textron*, rec. 66.....160
CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris Fr*, rec. 81 .....476, 485
CE, Sect., 6 mars 1992, *AFACE*, rec. 107.....920
CE, 22 mai 1992, *Larachi*, rec. 203.....488

CE, 19 juin 1992, *Sarl Le bistrot aixois*, rec. 239.....923
CE, Ass. 18 décembre 1992, *Préfet de la Gironde c. Mhamedi*, rec. 446.....590
CE, Sect., 14 mai 1993, *Ministre de la coopération c. Bonn*, rec. 153.....614
CE, Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, rec. 194.....713
CE, 11 juin 1993, *Société Landrieu*, rec. 173.....883
CE, Ass., 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et gouverneur de la colonie royale de Hong Kong*, rec. 267.....592
CE, 19 janvier 1994, *Dame Obrégo*, rec. 24.....541
CE, 16 février 1994, *Entreprise Haefeli*, rec. t. 1091.....924
CE, Ass., 2 décembre 1994, *Mme Gayepon*g, rec. 523.....712
CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin*, rec. 82.....493, 683, 782
CE, Ass., 17 février 1995, *Marie*, rec. 85.....493, 683, 782
CE, 24 mai 1995, *Ville de Meudon*, rec. 208.....393
CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, rec. 372.....544, 765
CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, rec. 34.....711
CE, 28 février 1996, *Fauqueux*, rec. 52.....684
CE, Sect., 22 mars 1996, *Paris et Roignot*, rec. 99.....393
CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, rec. 255.....437, 457
CE, 25 septembre 1996, *Union des commerçants de Lamballe*, rec. 348.....529, 531
CE, 9 octobre 1996, *Association « Ici et maintenant »*, rec. 401.....533
CE, 9 octobre 1996, *Union nationale CGT des affaires sociales et autres*, rec. 383.....702
CE, 27 novembre 1996, *Epoux Wissaadane et époux Chedouane*, rec. 462.....923
CE, 17 janvier 1997, *Ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale*, rec. t. 1028 883
CE, 14 mars 1997, *Compagnie d'aménagement des côteaux de Gascogne*, rec. t. 638.....392
CE, Ass., 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute Transchablaisienne*, rec. 120 .....941, 946
CE, Sect., 23 avril 1997, *GISTI*, rec. 142.....459
CE, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, rec. 206.....459
CE, 4 juillet 1997, *Epoux Bourezak*, rec. 278.....688
CE, 3 novembre 1997, *Préfet de police c. Ben Guertouh épouse Zairag*, rec. t. 864.....331
CE, 12 décembre 1997, *Office national interprofessionnel des fruits, des légumes et de l'horticulture (ONIFLHOR)*, rec. t. 676.....907
CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre*, rec. 499.....223
CE, 29 décembre 1997, *Maugendre*, rec. t. 826.....761
CE, 29 décembre 1997, *Société Héli-Union*, rec. 501.....613
CE, Ass., 6 février 1998, *Tête*, rec. 30.....471
CE, Sect., 13 mars 1998, *Fédération nationale des sociétés d'économie mixte*, rec. 74.....872, 874
CE, Sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, rec. 288.....492, 497
CE, Sect., 25 septembre 1998, *Mégret*, rec. 340.....591
CE, 30 septembre 1998, *Mansouri*, rec. 346.....919
CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, rec. 369.....436
CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL Parc d'activité de Blotzheim*, rec. 483.....457
CE, Sect., 3 février 1999, *Montaignac*, rec. 6.....338, 919
CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, rec. 37.....445
CE, Ass., 9 avril 1999, *Chevrol-Benkeddach*, rec. 115.....490
CE, Ass., 9 avril 1999, *Mme Ba*, rec. 124.....589, 861
CE, Sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, rec. 379.....436

CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, rec. 399.....712

- 2000 – 2009 -

CE, 1er mars 2000, *Commune de Morestel*, rec. t. 899.....82
CE, 27 mars 2000, *Mme Brodbeck*, rec. 129.....703
CE, 27 juin 2000, *Mabchour*, rec., t. 737.....668
CE, 5 juillet 2000, *Megret et Mekhantar*, rec. 291.....589
CE, 5 juillet 2000, *SARL Mediaterra*, rec. t. 1137.....907
CE, Sect., 28 juillet 2000, *E.A.*, rec. 347.....732
CE, 28 juillet 2000, *Paulin*, rec. 317.....459
CE, 27 octobre 2000, *Vignon*, rec. 467.....490
CE, 27 novembre 2000, *Association Comité tous frères*, rec. 559.....937
CE, 8 décembre 2000, *Rahal*, rec. 587.....668
CE, 8 décembre 2000, *Frérot*, rec. 589.....684, 817
CE, 16 mai 2001, *De Nale*, rec. 236.....937
CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, rec. 303.....682, 872, 876
CE, 27 juillet 2001, *Titran*, rec. 411.....682, 877
CE, ord., 7 novembre 2001, *Tarka*, rec. 789.....589
CE, Ass., 30 novembre 2001, *Diop*, rec. 605, ...495
CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, rec. 624.....478
CE, 21 décembre 2001, *Perbal*, rec. 666.....135
CE, 25 mars 2002, *Caisse d'assurance-accident agricole du Bas-Rhin*, rec. 110.....887
CE, 10 avril 2002, *SARL Institut supérieur de l'informatique et de management de l'informatique*, rec. t. 708.....876
CE, 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, rec. 319.....714
CE, 9 octobre 2002, *Syndicat national des pharmaciens gérants hospitaliers publics et privés*, req. N°230737.....887
CE, 30 décembre 2002, *Romonteil de Lombares*, rec. 490.....938
CE, Sect., 26 février 2003, *Nègre*, rec. 53.....920
CE, 12 mars 2003, *Frérot*, rec. 121.....684
CE, 14 mars 2003, *Yang Chang Ming*, rec. t. 950.....883
CE, 28 avril 2003, *Fédération française des courtiers d'assurance et réassurance*, rec. t. 704.....876
CE, Sect., 20 juin 2003, *Stilinovic*, rec. 258.....527
CE, Sect., 17 octobre 2003, *Boushane*, rec. 413.....778
CE, 29 octobre 2003, *Époux Hervoue*t, rec. t. 750.....352
CE, 3 novembre 2003, *Union des groupements d'achats publics*, rec. 430.....82
CE, Sect., 3 décembre 2003, *Préfet de Seine-Maritime c. El Bahi*, rec. 479.....884
CE, 5 novembre 2003, *Salim et autres*, rec. t. 804.....880
CE, 9 décembre 2003, *Aiguillon*, rec. 497.....540
CE, 12 décembre 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*, rec. 506.....701
CE, Sect., 30 décembre 2003, *Ministre de l'Education Nationale c. Tirapolsky*, rec. 534.....533
CE, 30 décembre 2003, *Comité contre la guerre en Irak*, rec. t. 707.....589
CE, 14 janvier 2004, *ANIFOM c. Taheraly*, rec. 8.....439
CE, Sect., 6 février 2004, *Hallal*, rec. 48.....879
CE, 2 avril 2004, *Chaumet*, req. N°222196.....589
CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, rec. 197.....681, 878, 928
CE, 29 octobre 2004, *Sueur et autre*s, rec. 393.....447

CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, rec. 1.....461
CE, Sect., 25 février 2005, *Mme Barbier*, rec. 81.....877
CE, 9 mars 2005, *Moinuddin*, rec. t. 921.....920
CE, 11 avril 2005, *Commune de Bessan*, req. n°258250.....882
CE, 9 mai 2005, *Chahed*, rec. 192.....533
CE, 15 juin 2005, *M.B.*, rec. 244.....938
CE, Ass., 8 juillet 2005, *Société Alusuisse-Lonza-France*, rec. 311.....203, 232
CE, 20 juillet 2005, *Société Fiducial Informatique*, rec. 334.....950
CE, 16 septembre 2005, *Hoffer*, rec. t. 894.....591
CE, 19 octobre 2005, *Castella*, rec. t. 691.....592, 613
CE, 26 octobre 2005, *Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat*, rec. t. 960.....734
CE, ord., 14 novembre 2005, *Hoffer*, rec. 502.....390
CE, 5 décembre 2005, *Mann Singh*, rec. 544.....527
CE, Ass., 16 décembre 2005, *Groupement forestier des Ventes de Nonant*, rec. 583.....872
CE, Ass., 16 décembre 2005, *Syndicat national des huissiers de justice*, rec. 570.....439
CE, Sect., 1er février 2006, *Touzard*, rec. 38.....937
CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, rec. 154 ….....640, 701, 842, 916
CE, Ass., 31 mai 2006, *GISTI*, rec. 268.....735
CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, rec. 272.....815
CE, 16 juin 2006, *Association « Eau et Rivières de Bretagne »*, rec. t. 703.....439
CE, 10 juillet 2006, *Association pour l'interdiction des véhicules inutilement rapides*, rec. 336….920
CE, Sect., 27 octobre 2006, *Parent et autres*, rec. 454.....495, 799
CE, Ass., 11 décembre 2006, *Société de Groot En Slot Aluminium Bv*, rec. 512.....491
CE, Sect., 31 janvier 2007, *Société France Antilles*, rec. 28.....881
CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, rec. 55.....478
CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, rec. 92.....92, 126, 140, 154, 159, 161, 169, 174, 175, 177, 229, 234, 236
CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, rec. 130 76
CE, Sect., 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence*, rec. 155.....93, 158
CE, 23 avril 2007, *Collectif des accidentés du travail, handicapés et retraités, pour l'égalité des chances*, n° 283311.....439
CE, Sect., 22 juin 2007, *Arfi*, rec. 263.....333, 790
CE, Sect., 22 juin 2007, *M. Lesourd*, rec. 253.....446
CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, rec. 360.....688
CE, Sect., 25 juillet 2007, *Syndicat des avocats de France*, rec. 384.....953
CE, Ass., 14 décembre 2007, *Planchenault*, rec. 495.....494, 684, 850
CE, Ass., 14 décembre 2007, *Boussouar*, rec. 474.....494, 684, 850
CE, Ass., 14 décembre 2007, *Payet*, rec. 498.....684
CE, 16 janvier 2008, *Syndicat UNSA-Agriculture et Forêt*, rec. t. 839.....937
CE, 30 janvier 2008, *Ville de Paris*, rec. 21.....361, 385, 681
CE, 9 avril 2008, *Rogier*, rec. 800.....685
CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, rec. 129.....479, 496
CE, 16 mai 2008, *Département du Val-de-Marne et autres*, rec. t. 619.....878, 929
CE, 23 mai 2008, *Linder*, rec. 184.....439
CE, 16 juin 2008, *Sté Le Gourmandin, Sté La Taverne de la Marine*, n°297476.....135
CE, 2 juillet 2008, *Devulder*, rec. 259.....439
CE, 7 août 2008, *Kerorgant*, rec. 314.....530
CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, rec. 322.....437

CE, 27 octobre 2008, *Ministre de la Santé et des Solidarités c. SELARL Pharmacie du Hamois*, rec. t. 872.....923
CE, 29 octobre 2008, *Société Laboratoire Glaxosmithkline et société Pfizer*, rec. 351.....535
CE, Sect., 31 octobre 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, rec. 375 495
CE, Ass., 7 novembre 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine et autres*, rec. 399.....589, 592
CE, 14 novembre 2008, *El Shennawy*, rec. 417.....493
CE, 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, rec. 433.....879, 929
CE, 24 novembre 2008, *Centre hospitalier de la région d'Annecy*, rec. t. 811.....200, 439, 842
CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte d'assainissement de la région du pic Saint-Loup*, rec. t. 648 230
CE, 17 décembre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, rec. 456….671
CE, Sect., 31 décembre 2008, *Pereira Dos Santos Maia*, rec. 497.....233
CE, Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, rec. 26….687, 798CE, Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, rec. 26.....687, 798
CE, 30 mars 2009, *Communauté d'Agglomération Angers Loire Metropole*, n°301219.....176
CE, 3 juin 2009, *Société Aéroports de Paris*, rec. 216.....80
CE, 3 juin 2009, *OPAC du Rhone*, rec. t. 667 81
CE, 10 juin 2009, *Mme Zheng*, rec. t. 889.....687
CE, 31 août 2009, *Commune de Crégols*, rec. 343.....385
CE, 25 septembre 2009, *Vergereau*, rec. t. 911.....884
CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, rec. 407.....471
CE, 28 décembre 2009, *Fédération Alto et autres*, req. N°311831.....780, 946

- 2010 – 2017 -

CE, 7 avril 2010, *Assistance Publique – Hôpitaux de Paris*, rec. t. 826.....763
CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, rec. 165.....177
CE, Ass, 9 juillet 2010, *Cheriet-Benseghir*, rec. 251.....457, 490
CE, Ass., 9 juillet 2010, *Fédération de la libre-pensée*, rec. 268.....458
CE, 19 juillet 2010, *Association du quartier des Hauts de Choiseul*, rec. 333.....439
CE, 12 janvier 2011, *Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, n°332136 76
CE, 24 janvier 2011, *Mme Constanty*, rec. t. 751.....735
CE, 28 mars 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil, du Poitou et de Migne-Auxantes*, rec. t. 967.....781, 946
CE, 7 avril 2011, *Association SOS Racisme – Touche pas à mon pote*, rec. 155.....704
CE, 20 mai 2011, *Letona Biteri*, rec. 246.....790
CE, 27 juin 2011, *Ministre du Travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville c. Société SEMG Veillé*, rec. t. 1177.....866
CE, 26 juillet 2011, *Association groupe Information Asiles*, n°341555.....534, 668
CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, rec. 505.....764, 778
CE, 23 novembre 2011, *M. Masson*, rec. 580.....390
CE, Sect., 9 décembre 2011, *Marcou*, rec. 616.....841
CE, Ass., 23 décembre 2011, *M. Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva*, rec. 623.....496
CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c. Synd. intercommunal de distribution d'eau du Nord*, rec. 662.....688
CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, rec. 649.....925, 929
CE, Sect., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, rec. 653.....925

CE, 23 décembre 2011, *Syndicat parisien des administrations centrales, économiques et financières*, rec. 655.....937
CE, 17 février 2012, *Société Chiesi SA*, rec. 43.....925, 928
CE, 28 mars 2012, *Confédération générale des petites et moyennes entreprises*, rec. t. 536.....681
CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI*, rec. 142.....459
CE, 11 juillet 2012, *SARL Media Place Partners*, rec. t. 554.....701
CE, 19 octobre 2012, *Commune de Levallois-Perret*, rec. t. 800.....766, 781, 945
CE, 7 novembre 2012, *M. et Mme Gaigne et Commune de Grans*, rec. 1027.....538
CE, 26 novembre 2012, *Cordière*, rec. 394.....679
CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi, Société Numéricable et Société Parabole Réunion*, rec. 447.....712, 766, 782, 948
CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi Universal*, rec. 430.…782, 948
CE, 13 février 2013, *Fédération des employés et cadres de la CGT-Force ouvrière*, rec. t. 859.…461
CE, 1er mars 2013, *Fritot et autres c. Ventis*, rec. 20.....872
CE, 25 mars 2013, *Association Les Ailes Varoises*, rec. t. 787.....353
CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, rec. 60.....942
CE, Ass., 12 avril 2013, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines*, rec. 94.....817
CE, 15 mai 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, rec. t. 794.....682
CE, ord., 6 juin 2013, *Section française de l'observatoire international des prisons*, rec. t. 767.…670
CE, 3 juillet 2013, *Association des paralysés de France*, rec. t. 420.....703
CE, Ass., 12 juillet 2013, *Fédération nationale de la pêche en France*, rec. 192.....842
CE, 17 juillet 2013, *Elkaim*, rec. 217.....799
CE, Sect., avis, 25 septembre 2013, *Sadlon*, rec. 233.....701
CE, Ass., 13 novembre 2013, *Dahan*, rec. 279.....789
CE, 13 novembre 2013, *Puci*, rec. t. 683.....685
CE, Avis, 20 novembre 2013, *Epoux Fall*, rec. 292.....735
CE, 27 novembre 2013, *Sud Travail-Affaires sociales*, rec. t. 398.....817
CE, 4 décembre 2013, *Association France nature environnement et autres*, rec. t. 786.....886
CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala*, rec. 1.....166, 544
CE, ord., 10 janvier 2014, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala*, n° 374528.....166
CE, ord., 11 janvier 2014, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala* , n°374552.....166
CE, 31 janvier 2014, *Mme Picot-Grandjean*, rec. t. 715.....926
CE, 26 février 2014, *Association Ban Asbestos France*, rec. t. 752.....671
CE, 26 février 2014, *Commune de Castellet*, rec. t. 821.....543
CE, 5 mars 2014, *Lehu c. Université Paris I*, req. N°363715.....920
CE, 5 mars 2014, *Latour c. Université Pierre-Mendès-France de Grenoble*, req. n°364500.....920
CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, rec. 70.....385, 389, 679, 688
CE, Sect., 28 avril 2014, *Anchling*, rec. 96.....888
CE, 17 juin 2014, *Société Électricité Réseau Distribution France, société Gaz Réseau Distribution France et société Électricité de France*, rec. t. 50.....703
CE, 2 juillet 2014, *Société Pace Europe*, rec. 206.....177, 392
CE, 11 juillet 2014, *Ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche, de la ruralité et de l'aménagement du territoire c. M. Finas et Mme Namias*, rec. t. 822.....766
CE, 23 juillet 2014, *M. Schreiber*, rec. t. 823.....938
CE, 23 juillet 2014, *Société Octapharma France*, rec. 243.....879
CE, 19 septembre 2014, *Jousselin*, rec. 272.....172

CE, 22 octobre 2014, *Ministre de l'éducation nationale c. Mme Bernard*, rec. t. 504.....735
CE, 14 novembre 2014, *Sociétés des Autoroutes du sud de la France*, n°374557.....138
CE, 23 décembre 2014, *Communauté urbaine Brest métropole océane*, rec. t. 900.....926, 927
CE, 30 janvier 2015, *Agence pour l'enseignement français à l'étranger*, rec. t. 834.....937
CE, ord., 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne*, rec. 55.....166
CE, Sect., 4 février 2015, *Cortes Ortiz*, rec. 17.....905, 907, 937
CE, ord., 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne*, rec. 55.....544
CE, 11 février 2015, *Ministre de la justice c. M.C*, rec. 60.....703, 731
CE, Sect., 13 mars 2015, *Mme Ciaudo*, rec. 91.....873, 874
CE, 1er juin 2015, *Boromée*, rec.185.....790
CE, 8 juin 2015, *Ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche c. Muséum national d'histoire naturelle*, rec. t. 834.....937
CE, 8 juin 2015, *Oueslati*, rec. t. 812.....534
CE, 10 juin 2015, *Brodelle et Gino*, rec. 192.....679
CE, 30 juin 2015, *Assistance Publique – Hôpitaux de Paris*, rec. t. 541.....735
CE, 10 juillet 2015, *Chambre nationale des professions libérales et a.*, n°37677.....175
CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme B*, rec. 322.....683, 735
CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme B.*, rec. 322.....685
CE, 27 octobre 2015, *M. Allenbach et autre*s, (3 espèces) rec. 367.....461
CE, 27 octobre 2015, *M. Arrou et autres*, rec. t. 756.....221
CE, Sect., 23 octobre 2015, *Société CFA Méditerranée*, rec. 357.....927
CE, 4 novembre 2015, *Association « Ligue des Droits de l'Homme »*, rec. 375.....391
CE, 14 octobre 2015, *Société Applicam Région Nord-Pas-de-Calais*, rec. t. 540.....701, 712
CE, Sect., 23 octobre 2015, *Société CFA Méditerranée*, rec. 357.....926
CE, 9 novembre 2015, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne et SARL Les productions de la Plume et M.D. M'Bala M'Bala*, rec. 377.....544, 766
CE, 9 novembre 2015, *Dos Santos Pedro*, rec. t. 788.....685
CE, 18 novembre 2015, *M. S.*, rec. 396.....352
CE, ord., 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, rec. 8.....390
CE, 10 février 2016, *M. et Mme Peyret et M. et Mme Vivier*, rec. t. 996.....679
CE, 12 février 2016, *M. Lecuyer*, rec. t. 598.....589
CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta international GMBH*, rec. 76 .....167, 594, 679
CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Numéricable,* rec. 88.....167, 594, 679, 830
CE, 30 mars 2016, *Société BB Farma*, rec. t. 622.....172
CE, 13 avril 2016, *Bartolomei*, rec. 135.....679
CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez Gomez*, rec. 208.....498
CE, 8 juin 2016, *M. T. (5 espèces)*, rec. 231.....688, 953
CE, 13 juin 2016, *Coulibaly et Mas*, rec. t. 902.....668
CE, 22 juin 2016, *Société SCCV Huit Douze Liberté et autre*s, n°38827.....332
CE, 30 juin 2016, *Mme Benharrat*, rec. t. 790.....332
CE, Sect., 1er juillet 2016, *Commune d'Emerainville et syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée – Val-Maubuée*, rec. 291.....888
CE, avis, Ass., 6 juillet 2016, *Napol et autres*, rec. 320.....815, 855
CE, Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, rec. 340.....866
CE, Sect., 13 juillet 2016, *Société GDF Suez*, rec. 384.....595, 679
CE, 27 juillet 2016, *Mme A. D*, req. n°391939.....814
CE, 10 novembre 2016, *Mme Marcilhacy et autres*, rec. 509.....594
CE, 21 novembre 2016, *Thalineau*, rec. t. 860.....679
CE, 15 mars 2017, *Fédération nationale de la propriété privée rurale*, n°393894.....764

CE, avis, 15 mars 2017, *Préfet de la Loire-Atlantique*, n°405586.....921
CE, 20 mars 2017, *Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes*, n°401751.....917
CE, 10 mai 2017, *Fédération des fabricants de cigares et société Coprova*, n°401536.....764
CE, Sect., 31 mai 2017, *Ministre des finances et des comptes publics c. M. A*, n°389842.....867

- Tribunaux administratifs -

TA Paris, 30 octobre 1995, *Ben Guertouh Khadija*.....331

- Cour de Cassation -

Cass. Civ., 23 novembre 1956, *Trésor Public c. Giry*, Bull. Civ. II, 407.....200, 231

Cass., Civ. 1ere, 8 janvier 1964, D. 164. Somm. 64.....67

Cass, Ch. Mixte, 24 mai 1975, Société des cafés Jacques Vabre, Dalloz 1975, p. 497.....460

Cass, Civ, 3e, 19 novembre 1985, *Elut*, Bull. Civ. 1985, III, n°145.....231

Cass, 3e civ., 20 décembre 2000, *Quimper Plaisance*, *Dalloz*, 2001, p. 3520.....231

Cass., Civ 1ere, 9 mars 2011, n°10-11.702.....67

Cass., Civ 3e., 5 septembre 2012, Bull civ. III, n°115.....202

Cass, Crim., 23 septembre 2014, n°13-85.311.....67

Cass, 1ere civ., 17 février 2016, req. N°14-26.632.....221

- Tribunal des conflits -

- 1873 – 1949 -

TC, 8 février 1873, *Blanco*, rec. 1er, supplément 61.....212, 819
TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière Saint-Just*, rec. 713.....712
TC, 29 février 1908, *Feutry*, rec. 208.....90, 91
TC, 25 mars 1911, *Rouzier*, rec. 392.....591, 859
TC, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, rec. 909.....95
TC, 22 janvier 1921, *Société Commerciale de l'Ouest Africain*, rec. 91.....91
TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, rec. 498 202
TC, 11 juillet 1933, *Dame Mélinett*e, rec. 1237.....136

- 1950 – 1959 -

TC, 2 février 1950, *Radiodiffusion française*, rec. 652.....589

TC, 24 juin 1954, *Dame Galland*, rec. 717.....136
TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, rec. 617.....97
TC, 10 juillet 1956, *Société des Steeple-Chases de France*, rec. 587.....202

- 1960 – 1969 -

TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot c. Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, rec. 787 75
TC, 10 octobre 1966, *Dame Veuve Canasse*, rec. 834.....135
TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c. Époux Barbier*, rec. 789.....132
TC, 24 juin 1968, *Société d'approvisionnement alimentaire et Société « Distilleries Bretonnes »*, rec. 801.....235

- 1970 – 1979 -

TC, 24 avril 1978, *Société Boulangerie de Kourou*, rec. 645.....136

- 1980 – 1989 -

TC, 14 janvier 1980, *Dame Le Crom*, rec. 633.....229
TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*, rec. 537.....81
TC, 12 novembre 1984, *Société d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*, rec. 666.80

- 1990 – 1999 -

TC, 11 mai 1990, *Bureau d'aide sociale de Blenod-lès-Pons-à-Mousson c. OPHLM de Meurthe-et-Moselle*, rec. 123.....81
TC, 7 octobre 1991, *Centre régional des œuvres universitaires et scolaires de l'académie de Nancy-Metz*, rec. 432.....81
TC, 22 nov 1993, *Matisse*, rec. 410.....136
TC, 25 mars 1996, *Berkani*, rec. 535.....135
TC, 19 janvier 1998, *Syndicat français de l'Express international*, rec. 534.....136
TC, 5 juillet 1999, *Commune de Sauve*, rec. 465.....81
TC, 15 novembre 1999, *Comité d'expansion de la Dordogne*, n°99-03153.....135
TC, 15 novembre 1999, *Commune de Bourisp*, rec. 478.....82, 139, 231

- 2000 – 2009 -

TC, 17 décembre 2001, *Société Rue Impériale de Lyon c. Société Lyon Parc Auto*, rec. 461.....75
TC, 23 septembre 2002, *Sociétés Sotrame et Metalform*, n°3300.....76
TC, 24 février 2003, *Mme Viviande-Lejeune*, n°3336.....135
TC, 23 février 2004, *Société Leasecom*, rec. 628.....138
TC, 15 novembre 2004, *S.A Loxesia Bail Slibail c. Lycée régional Hélène Boucher*, rec. 761.....138
TC, 21 mars 2005, *Sté française de prévention*, n°3427.....67
TC, 21 mars 2005, *Mme. Alberti-Scott*, rec. 651.....133

TC, 2 juin 2008, *Mme Halima c/ SNCF*, n°3619.....67
TC, 15 décembre 2008, *Voisin c. RATP et Kim c. Établissement français du sang*, rec. 563.....132
TC, 8 juin 2009, *Consorts Royer c/ Commune du Canne*t, n°3697.....67

- 2010 – 2017 -

TC, 22 novembre 2010, *Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims*, rec. 590.....62
TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chénau*, rec. 698.....202, 290
TC, 14 mai 2012, *Mme Gilles c. Société d'Exploitation Sports et Événements et Ville de Paris*, rec. 512.....202
TC, 8 juillet 2013, *Société d'exploitation des Énergies photovoltaïques c. Société Electricité Réseau Distribution France*, rec. 371.....77
TC, 13 octobre 2014, *Sté Axa France IARD*, rec. 471.....81, 220
TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal c/ Société des autoroutes du Sud de la France*, rec. 499.....75, 76
TC, 18 mai 2015, *M. et Mme Michon*, rec. t. 570.....227

Juridictions anglaises

- Chambre des Lords/Cour suprême -

- 1813 – 1969 -

Montgomery v. Charteris (1813) 2 Dow. 90.....299
Spackman v. Plumstead Board of Works (1885) 10 App Cas 229.....566
Westminster Corporation v. London and North Western Railway Co. [1905] AC 426.....556, 557
Board of Education v. Rice [1911] AC 179.....266
Local Government Board v. Arlidge [1915] AC 120.....265
R. v. Halliday [1917] AC 260.....834
Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd [1920] AC 508.....598, 602
Roberts v. Hopwood [1925] AC 578.....560, 772
R. v. Ministry of Health, ex p. Yaffe [1931] AC 494.....314
Earl Fitzwilliam's Wentworth Estates Co v. Minister of Town and Country Planning [1952] AC 362.....556
Edwards v. Bairstow [1956] AC 14.....550
Smith v. East Elloe Rural District Council [1956] AC 736.....467, 890
Vine v. National Dock Labour Board [1957] AC 488.....369
DPP v. Head [1959] AC 83.....892
Pyx Granite Co Ltd v. Ministry of Hounsing and Local Government [1960] AC 260.....20
Chandler v. Director of Public Prosecutions [1964] AC 763.....602
Ridge v. Baldwin [1964] AC 40.....261, 267, 362, 567, 575, 933
Burmah Oil Co Ltd v. Lord Advocate [1965] AC 75.....599
Conway v. Rimmer [1968] AC 910.....268
Padfield v. Minister of Agriculture [1968] AC 997.....268, 557, 558, 619
R. v. Governor of Brixton Prison, ex p. Armah [1968] AC 192.....365
Anisminic v. Foreign Compensation Commission [1969] 2 AC 910.....268, 347, 369, 372, 376, 737

- 1970 – 1979 -

Nissan v. Attorney General [1970] AC 179.....609
British Oxygen Co Ltd v. Board of Trade [1971] AC 610.....911
Kent CC v. Kingsway Investments (Kent) Ltd [1971] AC 72,.....895
Malloch v. Aberdeen Corporation [1971] 1 WLR 1578.....932
Wiseman v. Borneman [1971] AC 297.....619
Cassell & Co. v. Broome [1972] AC 1027.....716
Pickin v. British Railways Board [1974] AC 765.....340
Hoffmann La Roche & Co A.G and others v. Secretary of State for Trade and Industry [1975] AC 295.....890
Fairmount Investments Ltd v. Secretary of State for the Environment [1976] 1 WLR 1255.....619
Oppenheimer v. Cattermole [1976] AC 249.....605
Secretary of State for Education and Science v. Tameside MBC [1977] AC 1014……....346, 349, 368, 552, 558, 579, 826
Anns v. Merton London Borough Council [1978] AC 728.....280
Gouriet v. Union of Post Office Workers [1978] AC 435.....410

- 1980 – 1989 -

Inland Revenue Commissioners v. Rossminster [1980] AC 952.....890
Attorney General v. BBC [1981] AC 303.....717
Racal Communications Ltd, Re [1981] AC 374.....377, 962
Buttes Gas and Oil Co v. Hammer (No. 3) [1982] AC 888.....605
R. v. Chief Constable of the North Wales Police, ex p. Evans [1982] 1 WLR 1155.....343, 344, 404, 572, 933, 934
R. v. Commission for Racial Equality, ex p. Hillingdon LBC [1982] AC 779.....575, 620
R. v. Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd [1982] AC 61.....268, 317, 408, 410, 411, 413, 415, 418
Bromley LBC v. Greater London Council [1983] 1 AC 768.....560
Garland v. British Rail Engineering Ltd. [1983] 2 AC 751.....468, 480
O'Reilly v. Mackman [1983] 2 AC 237.....21, 69, 70, 82, 260, 268, 269, 277, 366, 377, 565, 834, 867, 869
Raymond v. Honey [1983] 1 AC 1.....738
Khawaja v. Secretary of State for the Home Department [1984] AC 74.....956
Council of Civil Service Unions v. Minister of the Civil Service (GCHQ) [1985] AC 3….....86, 148, 254, 268, 547, 565, 577, 578, 580, 599, 602, 603, 767, 971
R. (on the application of Hooper) v. Secretary of State for Work and Pensions [2005] UKHL 29..600
Wheeler v. Leicester City Council [1985] AC 1054.....108, 556
Re Findlay [1985] AC 318.....583
Wandsworth LBC v. Winder (No. 1) [1985] AC 461.....70
R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Nottinghamshire County Council [1986] AC 240.....345, 579
R. v. Secretary of State of the Environment, ex p. Nottingham County Council [1986] AC 240.....822
Lloyd v. McMahon [1987] AC 625.....566, 571, 572, 619
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Bugdaycay [1987] AC 514.....743, 775
Duke v. GEC Reliance Ltd. [1988] AC 618.....473
R. v. Tower Hamlets London Borough Council, ex p. Chetnik Developments [1988] AC 858.....354
Pickstone v. Freemans plc [1989] AC 66.....474

R. v. Devon County Council, ex p. George [1989] AC 573.....581
R. v. Secretary of State for Trade and Industry, ex p. Lonrho Plc [1989] 1 WLR 525.....345, 574

- 1990 – 1999 -

DPP v. Hutchinson [1990] 2 AC 783.....895
R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame [1990] 2 AC 85.....481
J.H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry [1990] 2 AC 418.....465, 468
Lister v. Forth Dry Dock & Engineering Co. Ltd [1990] 1 AC 546.....474
R. v. Dairy Produce Quota Tribunal for England and Wales, ex p. Caswell [1990] 2 AC 738.....869
R. v. Inland Revenue Commissioners ex p. Woolwich Equitable Building Society [1990] 1 WLR 1400.....896
R. v. Environment Secretary, ex p. Hammersmith LBC [1991] 1 AC 521.....575
R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame (No. 2) [1991] 1 AC 603.....483
R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Hammersmith and Fulham London Borough Council [1991] 1 AC 521.....396, 579, 822
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind [1991] 1 AC 696….....344, 349, 395, 396, 465, 581, 718, 719, 744, 767, 774
X. v. Morgan-Grampian Ltd [1991] 1 AC 1.....659
Boddington v. British Transport Police [1999] 2 AC 143.....70, 890, 892, 893
Derbyshire v. Times Newspapers [1993] 2 WLR 449.....718
R. v. Lord President of the Privy Council, ex p. Page [1993] AC 682.....376, 619
R. v. Monopolies and Mergers Commission, ex p. South Yorkshire Transport Ltd [1993] 1 WLR 23 960
Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd. [1993] 1 WLR 49.....474
Woolwich Equitable Building Society v. Inland Revenue Commissioners [1993] AC 70.....892
R. v. Secretary of State for Home Department, ex. p. Doody [1994] 1 AC 531.....556, 570 et s., 585
M. v. Home Office [1994] 1 AC 377.....483
R. v. Secretary for the Home Department, ex p. Fire Brigades Union [1995] 2 AC 51….....318, 346, 600
R. v. Secretary of State for Employment, ex p. Equal Opportunities Commission [1995] 1 AC 1.....412, 483, 485
Tesco Stores Ltd v. Secretary of State for the Environment [1995] 1 WLR 759.....583, 584
Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd. (No. 2) [1995] 1 WLR 1454.....474
In re D (Minors) (Adoption Reports : Confidentiality) [1996] AC 593.....571
R. v. Home Secretary, ex p. Abdi [1996] 1 WLR 298.....619
R. v. Bedwellty Justices, ex p. Williams [1997] AC 225.....550
R. v. Gloucestershire CC, ex p. Barry [1997] AC 584.....562
R. v. Wicks [1997] 2 WLR 876.....892
R. v. East Sussex CC, ex p. Tandy [1998] AC 714.....562
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Pierson [1998] AC 539.....720, 740
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Venables [1998] AC 407.....911
R. v. Chief Constable of Sussex, ex p. International Trader's Ferry Ltd [1999] 2 AC 418.....581, 771
R. v. Criminal Injuries Compensation Board, ex p. A [1999] 2 AC 330.....552, 564

- 2000 – 2009 -

R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrates, ex p. Pinochet (No. 3) [2000] 1 AC

147….....464, 465
R. v. Director of Public Prosecutions, ex p. Kebilene [2000] 2 AC 326.....827
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Simms [2000] 2 AC 115.....617, 736, 739, 775, 783
R. v. Ministry of Defence, ex p. Walker [2001] 1 WLR 806.....602
R. (on the application of Alconbury Developments Ltd and Others) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions [2001] UKHL 23….343, 508, 552, 659, 783, 800, 801, 825
R. (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department [2001] UKHL 26.....350, 581, 722, 724, 768, 769, 783, 792, 793, 796
R. (on the application of Spath Holme Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions [2001] 2 AC 349.....556
R. v. Governor of Brockhill Prison, ex p. Evans (No. 2) [2001] 2 AC 19.....889, 892
R. v. Lambert (Steven) [2001] UKHL 37.....503, 511
Secretary of State v. Rehman [2001] UKHL 47.....826
Kuwait Corporation v. Iraqi Airways (No. 6) [2002] 2 AC 883.....605, 607
Porter v. Magill [2002] 2 AC 357.....556, 568
R. (on the application of Anderson) v. Secretary of State for the Home Department [2002] UKHL 46..... 508, 513
R. (on the application of Burkett) v. Hammersmith and Fulham LBC (No.1) [2002] 1 WLR 1593 868
R. (on the application of Reprotech Ltd) v. East Sussex CC [2002] UKHL 8.....912
R. v. A (No. 2) [2002] 1 AC 45.....511, 512
R. v. Lyons [2002] UKHL 44.....465, 468, 506
S. (Care Order : Implementation of Care Plan), Re [2002] 2 AC 291.....514
Bellinger v. Bellinger [2003] 2 AC 467.....513
R. (on the application of Anufrijeva) v. Secretary of State for the Home Department [2003] UKHL 36.....570, 571, 721, 741
R. (on the application of G) v. Barnet LBC [2003] UKHL 57.....562
Runa Begum v. Tower Hamlets LBC [2003] UKHL 5.....550, 802, 835
A. v. Secretary for the Home Department [2004] UKHL 56.....319
Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v. Wallbank [2004] 1 AC 546 150, 151, 289
R. (on the application of Mullen) v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 18 467
R. (on the application of Ullah) v. Special Adjudicator [2004] 2 AC 323.....505
Ghaidan v. Godin-Mendoza [2004] UKHL 30.....510 et s., 515
R. (on the application of Prolife Alliance) v. BBC [2004] 1 AC 185.....770, 828
R. (on the application of S) v. Chief Constable of South Yorkshire Police [2004] UKHL 39.....505
South Buckinghamshire District Council v. Porter (No.2) [2004] UKHL 33.....576
A. v. Secretary of State for the Home Department [2005] 2 AC 68.....516, 517, 770, 828
JD v. East Berkshire Community Health NHS Trust [2005] 2 AC 373.....280
R. (on the application of Hammond) v. Secretary of State for the Home Department [2005] UKHL 69.....514
R. (on the application of Smith) v. Parole Board [2005] 1 All ER 755.....571, 720
R. (on the application of West) v. Parole Board [2005] UKHL 1.....572, 742
R. (on the application of Wilkinson) v. Commissioners of Inland Revenue [2005] UKHL 30 .512, 513
M. v. Secretary of State for Work and Pensions [2006] UKHL 11.....505
R. (on the application of Gillan) v. Commissioner of Police of the Metropolis [2006] UKHL 12...742
R. (on the application of Jackson and others) v. Attorney General [2006] 1 AC 262….....306, 307, 518, 660, 721, 740

R. (on the application Quark Fishing Ltd) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 2) [2006] 1 AC 529.....505
R. v. Jones (Margaret) [2006] UKHL 16.....465
Watkins v. Secretary of State for the Home Department [2006] UKHL 17.....720
AH (Sudan) v. Secretary of State for Home Department [2007] UKHL 49.....960
Belfast City Council v. Miss Behavin' Ltd [2007] 1 WLR 1420.....769, 786
Home Secretary v. MB [2007] UKHL 46.....516
Huang v. Secretary of State for the Home Department [2007] UKHL 11.....353, 793, 826, 828, 829, 835
OBG LTD v. Allan [2007] UKHL 21.....184
R. (on the application of Begum) v. Denbigh High School Governors [2007] 1 AC 100.....770, 785 et s., 792, 796
R. (on the application of Countryside Alliance) v. Attorney General [2007] UKHL 52.....770
R. (on the application of Hurst) v. London Northern District Coroner [2007] UKHL 13.....510, 561
R. (on the application of Laporte) v. Chief Constable of Gloucestershire [2007] 2 AC 105.....795
Secretary of State for the Home Department v. JJ [2007] UKHL 45.....889
R. (on the application of Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport [2008] 1 AC 1312.....770
R. (on the application of Bancoult N°2) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2008] UKHL 61.....547, 603
R. (on the application of Corner House Research) v. Director of the Serious Fraud Office [2008] UKHL 60.....353, 563, 659, 864
R. (on the application of Gentle) v. Prime Minister [2008] UKHL 20.....505
Re P (Adoption : Unmarried Couple) [2008] UKHL 38.....507
YL v. Birmingham City Council and others [2008] 1 AC 95.....118, 150, 151
R. (on the application of A.) v. London Borough of Croydon [2009] UKSC 8.....353
R. (on the application of Wright) v. Secretary of State for Health [2009] 1 AC 739.....802
R. v. Horncastle [2009] UKSC 14.....506
Secretary of State for the Home Department v. AF (No. 3) [2009] UKHL 28.....572, 933

- 2010 – 2017 -

Ahmed. v. HM Treasury (No. 2) [2010] UKSC 2.....889, 893, 900
A. v. Essex County Council [2010] UKSC 33.....869
Ali v. Birmingham City Council [2010] UKSC 8.....506, 802
R. (on the application of Youssef) v. HM Treasury [2010] UKSC 2.....741
Ambrose v. Harris [2011] UKSC 43.....508
Axa General Insurance Ltd v. The Lord Advocate [2011] UKSC 46.....411, 419, 657, 663, 740
R. (on the application of Cart) v. Upper Tribunal [2011] UKSC 28.....48, 376, 646, 658, 694, 959
R. (on the application of F.) v Secretary of State for the Home Department [2011] 1 AC 331.....50
R. (on the application of GC) v. Commissioner of Police of the Metropolis [2011] UKSC 21.....515
R. (on the application of Lumba and Mighty) v. The Secretary of State for the Home Department [2011] UKSC 12.....70, 376
R. (on the application of McDonald) v. Royal Borough of Kensington and Chelsea [2011] UKSC 33 563
R. (on the application of Quila) v. Secretary of State for the Home Department [2011] UKSC 45 .....508, 792, 794, 797
R. (on the application of Smith) v. Oxfordshire Assistant Deputy Coroner [2011] 1 AC 1.....505
Assange v. The Swedish Prosecution Authority [2012] UKSC 22.....467

BH. v. Lord Advocate [2012] UKSC 24.....444
British Broadcasting Corporation & another v. Sugar [2012] UKSC 4.....508
McCaughey & another [2012] 1 AC 725.....507
Health and Safety Executive v. Wolverhampton CC [2012] UKSC 34.....563
R. (on the application of Munir) v. Secretary of State for the Home Department [2012] UKSC 32 599
Walton v. Scottish Ministers [2012] UKSC 44.....408, 409, 411, 413, 414, 416, 418, 419, 899
Bank Mellat v. HM Treasury [2013] UKSC 38 et 39.....566, 619, 742, 794
R. (on the application of Jones) v. First-tier Tribunal [2013] UKSC 19.....957
R. (on the application of New London College) v. Secretary of State for the Home Department [2013] UKSC 51.....601
R. (on the application of Osborn) v. Parole Board [2013] UKSC 61.....569, 572, 576, 646, 722
A. v. Secretary of State for the Home Department [2014] UKSC 25.....723
Kennedy v. Charity Commission [2014] UKSC 20.....723, 784, 796, 822
Moohan & another v. The Lord Advocate [2014] UKSC 67.....506
R. (on the application of Carlile of Berriew QC) v. Secretary of State for the Home Department [2014] UKSC 60.....769, 770, 825, 863, 964
R. (on the application of HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport [2014] UKSC 3.....444, 450 et s., 722
R. (on the application of Hicks and others) v. Commissioner of Police for the Metropolis [2014] UKSC 9.....968
R. (on the application of Sandiford) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2014] UKSC 44.....910
R. (on the application of Nicklinson) v. Ministry of Justice [2014] UKSC 38.....508, 517, 825
Braganza v. BP Shipping Ltd [2015] UKSC 17.....270
Montgomery v. Lanarkshire Health Board [2015] AC 1430.....723
Pham v. Secretary of State for the Home Department [2015] UKSC 19.....483, 784, 963
R. (on the application of Bibi) v. Secretary of State for the Home Department [2015] UKSC 68...794
R. (on the application of ClientEarth) v. Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs [2015] UKSC 28.....901
R. (on the application of Evans) v. Attorney General [2015] UKSC 21.....658, 660 et s., 740
R. (on the application of Keyu) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2015] UKSC 69.....350, 464, 465, 547, 784, 786, 794, 824, 964, 965
R. (on the application of King) v. Secretary of State for Justice [2015] 3 WLR 457.....931
R. (on the application of Lumsdon) v. Legal Services Board [2015] UKSC 41.....351, 792
R. (on the application of Rotherham Metropolitan Borough Council) v. Secretary of State Business, Innovation and Skills [2015] UKSC 6.....824, 826
R. (on the application of Tigere) v. Secretary of State for Business, Innovation and Skills (Just for Kids Law intervening) [2015] UKSC 57.....794, 797
R. (on the application of SG) v. Secretary of State for Work and Pensions (Child Poverty Action Group) [2015] UKSC 16.....463, 465
Ali v. Secretary of State for the Home Department [2016] UKSC 60.....968
R. (on the application of Carmichael and others) v. Secretary of State for Work Pensions [2016] UKSC 58.....965
R. (on the application of Ingenious Media Holdings plc and another) v. Commissioners for Her Majesty's revenue and Customs [2016] UKSC 54.....741
R. (on the application of Johnson) v. Secretary of State for the Home Department [2016] UKSC 56 516
R. (on the application of Lee-Hirons) v. Secretary of State for Justice [2016] UKSC 46.....933
R. (on the application of O) (by her litigation friend the Official Solicitor) v. Secretary of State for

the Home Department [2016] UKSC 19.....186, 901
R. (on the application of The Public Law Project) v. Lord Chancellor [2016] UKSC 39.....314, 315
Belhaj v. Straw [2017] UKSC 3.....605, 608, 863, 864
Poshteh v. Kensington and Chelsea LBC [2017] UKSC 36.....507
R. (on the application of A & B) v. Secretary of State for Health [2017] UKSC 41.....825
R. (on the application of Agyarko) v. Secretary of State for the Home Department [2017] UKSC 11 968
R. (on the application of Byndloss) v. Secretary of State for the Home Department [2017] UKSC 42 770
R. (on the application of Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department [2017] UKSC 10 .....794, 966
R. (on the application of Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5.....308, 463, 484, 599, 602, 617, 741, 901
R. (on the application of UNISON) v. Lord Chancellor [2017] UKSC 51.....655, 658, 739, 747, 797
*Rahmatullah (No. 1) v. Ministry of Defenc*e [2017] UKSC 1.....605, 608 et s.

- Privy Council -

R. v. Nat Bell Liquors Ltd [1922] 2 AC 128.....370
Chung Chi Cheung v. The King [1939] AC 160.....464
Russell v. Duke of Norfolk [1949] 1 All ER 109.....572
Nakkuda Ali v. Jayaratne [1951] AC 66.....266
Trendtex v. Central Bank of Nigeria [1977] QB 529.....465
Peter Thomas Mahon v. Air New Zealand Ltd [1984] AC 808.....550
Mercury Energy Ltd. v. Electricity Corporation of New Zealand Ltd [Appeal from the Court of Appeal of New Zealand] [1994] 1 WLR 521.....148
de freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Land and Housing [1999] 1 AC 69.....769
R. v Secretary of State for Scotland [1999] 2 AC 512.....396
Lewis v. Attorney General of Jamaica [2001] 2 AC 50.....726
Sharma v. Brown-Antoine [2007] 1 WLR 780.....402
Mossell (Jamaica) Ltd v. Office of Utilities Regulations [2010] UKPC 1.....890
R. (on the application of Youssef) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2016] UKSC 3.....769, 784, 969

- Cour d'Appel -

- 1888 – 1959 -

R. v. Special Commissioners of Income Tax (1888) 21 QBD 313.....367, 368
R. v. Carson Roberts [1908] 1 KB 407.....550
Currie v. Commissioners of Inland Revenue [1921] KB 332.....956
R. v. Electricity Commissioners, ex p. London Electricity Joint Committee Co (1920) LTD [1924] 1 KB 171.....46, 266
R. v. Lincolnshire Justices, ex p. Brett [1926] 2 KB 192.....368

Short v. Poole Corporation [1926] Ch 66.....578
Ellen Street Estates, Limited v. Minister of Health [1934] 1 KB 590.....307, 440
Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223.….343, 353, 561, 578, 581, 582
Hemns v. Wheeler [1948] 2 KB 61.....550
R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p. Shaw [1952] 1 KB 338.....266, 370, 396
Fry [1954] 1 WLR 730.....267
R. v. Medical Appeal Tribunal, ex p. Gilmore [1957] 1 QB 574.....737

- 1960 – 1969 -

Hall & Co. Ltd v. Shoreham-by-Sea Urban DC [1964] 1 WLR 240.....585, 773
Ashbridge Investments ltd v. Minister of Housing and Local Government [1965] 1 WLR 1320.....550
British Broadcasting Corporation v. Johns [1965] Ch. 32.....599
Re Grosvenor Hotel, London (No. 2) [1965] Ch. 1210.....244
R. v. Paddington Valuation Officer, ex p. Peachey Property Corp (No. 2) [1966] 1 QB 380.....891
Salomon v. Commissioners of Customs and Excise [1967] 2 QB 116.....467
Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission [1968] 2 QB 862.....363
Post Office v. Estuary Radio Ltd [1968] 2 QB 740.....467
Corocraft Ltd. v. Pan American Airways Inc [1969] 1 QB 676.....467

- 1970 – 1979 -

R. v. Gaming Board for Great Britain, ex p. Benaim [1970] 2 QB 417.....572
Breen v. Amalgamated Engineering Union [1971] 2 QB 175.....558
Coleen Properties Ltd v. Minister of Housing and Local Government [1971] 1 WLR 433.....551
Sagnata Investments Ltd. v. Norwich Corporation [1971] 2 QB 614.....395
R. v. Birmingham Licensing Planning Committee, ex p. Kennedy [1972] 2 QB 140.....354
R. v. Liverpool Corporation, ex p. Liverpool Taxi Fleet Operators' Association [1972] 2 QB 229 .....354, 914
Congreve v. Home Office [1976] QB 629.....559
R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex p. Hook [1976] 1 WLR 1052.....109, 115, 773
R. v. Greater London Council, ex p. Blackburn [1976] 1 WLR 550.....354, 403
Laker Airways v. Department of Trade [1977] QB 643.....467, 599, 602
R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Ostler [1977] QB 122.....869
R. v. Secretary of State for the Home department, ex p. Hosenball [1977] 1 WLR 766.....715
Associated Newspapers Group v. Wade [1979] 1 WLR 697.....717
Macarthys v. Smith [1979] ICR 785.....480
Pearlman v. Keepers and Governors of Harrow School [1979] QB 56.....347
United Kingdom Association of Professional Engineers and another v. Advisory, Conciliation,and Arbitration Service [1979] 1 WLR 570.....717

- 1980 – 1989 -

Lovelock v. Minister of Transport (1980) 40 P & CR 336.....890
R. v. Commission for Racial Equality, ex p. Hillingdon LBC [1982] QB 276.....620
Cheall v. APEX [1983] QB 126.....717

Law v. National Greyhound Racing Club Ltd [1983] 1 WLR 1302.....83, 84, 101
R. v. Boundary Commission for England, ex p. Foot [1983] QB 600.....343
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Khan [1984] 1 WLR 1337.....915
R. v. East Berkshire Health Authority, ex p. Walsh [1985] QB 152.....84, 109 et s.
R. v. Her Majesty's Treasury, ex p. Smedley [1985] QB 657.....414
R. v. Stratford-on-Avon District Council, ex p. Jackson [1985] 1 WLR 1319.....407
R. v. Assistant Commissioner of Police of the Metropolis, ex p. Howell [1986] RTR 52.....571
R. v. Lancashire County Council, ex p. Huddleston [1986] 2 All ER 941.....573, 574
R. v. Monopolies and Mergers Commission, ex p. Argyll Group Plc [1986] 1 WLR 763 ….....408, 835, 899
R. v. Governor of Pentoville, ex p. Herbage (n°2) [1987] QB 1077.....773
R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Datafin Plc. [1987] QB 815.....98 et s., 105, 148, 289, 602, 890
Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2) [1988] 2 WLR 805.....718
R. v. Secretary of State for Foreign Affairs, ex p. Everett [1989] QB 811.....609

- 1990 – 1999 -

R. v. Barnet LBC, ex p. Johnson (1990) 89 LGR 581..... 582
R. v. Birmingham City Council, ex p. Sheptonhurst Ltd [1990] 1 All ER 1026.....551
R. v. Derbyshire CC, ex p. Noble [1990] ICR 808.....149
R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Guinness Plc [1990] 1 QB 146.....103
R. v. Secretary of State for Social Services, ex p. Child Poverty Group Action [1990] 2 QB 540…416
R. v. Civil Service Appeal Board, ex p. Cunningham [1991] 4 All ER 310.....574, 583
R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Burrows [1991] 2 QB 354.....354
Derbyshire v. Times Newspapers [1992] 1 QB 770.....717, 718
R. v. Jockey Club, ex p. Aga Khan [1993] 1 WLR 909.....86, 101 et s., 147
Mass Energy Ltd v. Birmingham City Council [1994] Env. L.R. 298.....111
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Leech (No.2) [1994] QB 198…719, 737, 774
R. v. Broadcasting Complaints Commission, ex p. Granada Television Ltd [1995] EMLR 163.….719
R. v. Cambridge DHA, ex p. B (No.1) [1995] 1 WLR 898.....345, 824, 563
R. v. Somerset County Council, ex p. Fewings [1995] 1 WLR 1037.....557
R. v. Inland Revenue Commissioners, ex p. Unilever plc [1996] STC 681.....915
R. v. Ministry of Defence, ex p. Smith [1996] QB 517.....609, 745, 746, 822
R. Secretary of State for the Home Department, ex p. Fayed [1997] 1 All ER 228.....575
R. v. Secretary of State for Social Security, ex p. Joint Council for the Welfare of Immigrants [1997] 1 WLR 275.....83, 775
R. v. Sefton MBC, ex p. Help the Aged [1997] 4 All ER 532.....562
R. v. Central London County Court, ex p. London [1999] QB 1260.....892

- 2000 – 2009 -

Clark v. University of Lincolnshire and Humberside [2000] 1 WLR 1988.....70
R. v. Lord Chancellor, ex p. Lightfoot [2000] QB 597.....720
R. v. Lord Saville of Newdigate, ex p. B (No. 2) [2000] 1 WLR 1855.....971
R. v Secretary of State for Education and Employment, ex p. Begbie [2000] 1 WLR 1115.....345, 974
R. v. Secretary of State for Health, ex p. C [2000] 1 FLR 627.....600, 602
R. v. Secretary of State for Home Department, ex p. Jeyeanthan [2000] 1 WLR 354.....932

R. (on the application Bibi) v. Newham LBC (No. 1) [2001] EWCA Civ 607.....972
R. (on the application of Mahmood) v. Secretary of State for the Home Department [2001] 1 WLR 840.....351, 768
R (on the application of Morgan Grenfell & Co Ltd) v. Special Commissioner of Income Tax [2001] EWCA Civ 329.....571
R. (on the application of P.) v Secretary of State for the Home Department [2001] 1 WLR 2002....70
R. (on the application of Samaroo) v. Secretary of State for the Home Department [2001] EWCA Civ 1139.....968
R. (on the application of Wainwright) v. Richmond upon Thames LBC [2001] EWCA Civ 2062...933
R. (on the application of Wilkinson) v. Broadmoor Special Hospital Authority [2001] EWCA Civ 1545 70
R. v. Association of British Travel Agents, ex p. Sunspell Ltd [2001] ACD 16.....105
R. v. North East Devon Health Authority, ex p. Coughlan [2001] QB 213.....579, 914, 970
R. v. Offen (No. 2) [2001] 1 WLR 253.....512
International Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department [2002] EWCA 158.....827
R. (on the application of Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2002] EWCA Civ 1598.....605, 864
R (on the application of Heather) v. Leonard Cheshire Foundation [2002] 2 All ER 936.....103, 151, 152
R. (on the application of Wooder) v. Feggetter [2002] EWCA Civ 554.....575
Poplar Housing and Regeneration Community Association v. Donoghue [2002] QB 48..... 102, 148, 151
R. (on the application of Association of British Civilian Internees Far East Region) v. Secretary of State for Defence [2003] EWCA Civ 473.....600, 602, 783, 797
R. (on the application of Feakins) v. Secretary of State for the Environment, Food and Rurals Affairs [2003] EWCA Civ. 1546.....416 et s.
R. (on the application of Hooper) v. Secretary of State for Work and Pensions [2003] EWCA Civ 813.....104
R. (on the application of Mount Cook Land Ltd) v. Westminster CC [2003] EWCA Civ 1346.....584
E v. Secretary of State for the Home Department [2004] EWCA Civ 49.....551, 552
R. (on the application of Beer (trading as Hammer Trout Farm)) v. Hampshire Farmer's Markets Ltd [2004] 1 WLR 233.....85, 87, 100, 104, 116
R. (on the application of Kenya) v. Secretary of State for the Home Department [2004] EWCA Civ 1094.....584
R. (on the application of Khatun) v. Newham London Borough Council [2004] EWCA Civ 55....575, 583, 584
R. (on the application of West) v. Lloyd's of London [2004] EWCA Civ 506.....105
D. v. Home Office [2005] EWCA Civ 38.....70
ID and ors v. The Home Office [2005] EWCA Civ 38.....892
Miftari v. Secretary of State for the Home Department [2005] EWCA Civ 481.....551
R. (on the application of Nadarajah) v. Secretary of State for the Home Department [2005] EWCA Civ 1363.....973
R. (on the application of National Association of Health Stores) v. Department of Health [2005] EWCA Civ 154.....561, 562, 896
R. (on the application of Rashid) v. Secretary of State for the Home Department [2005] EWCA Civ 744.....915
R. (on the application of Al-Rawi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2006] EWCA Civ 1279.....609, 864
R. (on the application of Condron) v. National Assembly for Wales [2006] EWCA Civ 1573.....568
R. v. (on the application of Conville) v. Richmond upon the Thames LBC [2006] EWCA Civ 718.

562
R. (on the application of Elias) v. Secretary of State for Defence [2006] 1 WLR 3213.....910
R. (on the application of Rogers) v. Swindon NHS Primary Care Trust [2006] EWCA Civ 392.…747
R. (on the application of Smith) v. North East Derbyshire Primary Care Trust [2006] EWCA Civ 1291.....934
W. v. The Staffordshire County Council [2006] EWCA Civ 1676.....553
YD (Turkey) v. Secretary of State for the Home Department [2006] EWCA Civ 52.....897
R. (on the application of Catt) v. Brighton and Hove City Council [2007] EWCA Civ 298.....899
R. (on the application of Edwards) v. Environment Agency (No. 2) [2007] Env. LR 9.....900
Finn-Kelcey v. Milton Keynes BC [2008] EWCA Civ 1067.....869
R. (on the application of Niazi) v. Secretary of State for the Home Department [2008] EWCA Civ 755.....914, 915, 973
Shrewsbury and Atcham Borough Council v. Secretary of State for Communities and Local Government [2008] EWCA Civ 148.....600, 601
R. (on the application of Chandler) v. Secretary of State for Children, Schools and Families [2009] EWCA Civ 1011.....417

- 2010 – 2017 -

Al-Jedda v. Secretary of State for Defence [2010] EWCA Civ 758.....610, 865
R. (on the application of Quila) v. Secretary of State for the Home Department [2010] EWCA Civ 1482.....783, 793
R. (on the application of Wiles) v. Social Security Commissioners [2010] EWCA Civ 258.....960
R. (on the application of YH(Iraq)) v. Secretary of State for the Home Department [2010] EWCA Civ 116.....747
R. (on the application of 007 Stratford Taxis ltd) v. Stratford on Avon DC [2011] EWCA Civ 160. 869
R. (on the application of Cart) v. Upper Tribunal [2011] QB 120.....646
R. (on the application of Mavalon Care ltd) v. Pembrokeshire County Council [2011] EWHC 3371 934
R. (on the application of Shoesmith) v. OFSTED [2011] EWCA Civ 642.....84, 343, 572
R. (on the application of Guardian News and Media ltd) v. City of Westminster Magistrates' Court [2012] EWCA Civ 420.....723
R. (on the application of Moos) v. Commissioner of Police of the Metropolis [2012] EWCA Civ 12 793
R. (on the application of NB (Algeria)) v. Secretary of State for the Home Department [2012] EWCA Civ 1050.....898
R. (on the application of the Staff Side of the Police Negotiating Board) v. Secretary of State for Work and Pensions [2012] EWCA Civ 332.....930
R. (on the application of Patel) v. General Medical Council [2013] EWCA Civ 327.....914, 974
R. (on the application of Willford) v. Financial Services Authority [2013] EWCA Civ 677.....576
R. (on the application of Hill) v. Institute of Chartered Accountants in England and Wales [2014] 1 WLR 86.....933
R. (on the application of Noor Khan) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2014] EWCA Civ 24.....606, 608, 863
Hutton v. Criminal Injuries Compensation Authority [2016] EWCA Civ 1305.....958
R. (on the application of Al-Saadoon & others) v. Secretary of State for Defence [2016] EWCA Civ 811.....465
R. (on the application of Gerber) v. Wiltshire Council [2016] EWCA Civ 84.....869

R. (on the application of HN(Afghanistan)) v. Secretary of State for the Home Department [2016] EWCA Civ 123.....898
R. (on the application of K) v. Secretary of State for Defence [2016] EWCA Civ 1149.....507
R. (on the application of Lensbury Ltd) v. Richmond-Upon-Thames BC [2016] EWCA Civ 814...403
R. (on the application of Wasif) v. Secretary of State for the Home Department [2016] EWCA Civ 82.....341
Oakley v. South Cambridgeshire District Council [2017] EWCA Civ 71.....573, 576, 577, 904
R. (on the application of HX) v. Secretary of State for the Home Department [2017] EWCA Civ 41 602
R. (on the application of P. & others) v. Secretary of State for the Home Department [2017] EWCA Civ 321.....770

- Haute Cour de Justice (après 1873) -

- 1898 – 1969 -

Kruse v. Johnson [1898] 2 QB 91.....578, 620
R. v. Kensington Income Tax Commissioners, ex p. Aramayo [1913] 3 KB 870.....369
R. v. Williams, ex p. Phillips [1914] 1 KB 608.....403
The King v. Bloomsbury Income Tax Commissioners [1915] 3 KB 768.....366
R. v. London County Council, ex p. Corrie [1918] 1 KB 68.....910
R. v. Leman Street Police Station Inspector, ex p. Venicoff [1920] 3 KB 72.....266
Ellis v. Dubowski [1921] 3 KB 621.....555
R. v. Sussex Justices, ex p. McCarthy [1924] 1 KB 256.....568
R. v. Swansea Income Tax Commissioners, ex p. Crown Spelter and Co Ltd [1925] 2 KB 250.….366, 369
R. v Legislative Committee of the Church Assembly, Ex p. Haynes-Smith [1928] 1 KB 411.....567
R. v. Paddington and St. Marylebone Furnished Houses Rent Tribunal, ex p. Kendal Hotels Ltd [1947] 1 ALL ER 448.....369
Allingham v. Minister of Agriculture [1948] 1 All ER 780.....555
Stepney Borough Council v. Joffe [1949] 1 KB 599.....395
R. v. Fulham, Hammersmith and Kensington Rent Tribunal, ex p. Zerek [1951] 2 KB 1.....368
Barnard v. National Dock Labour Board [1953] 2 QB 18.....20, 555
R. v. Metropolitan Police Commissioner, ex p. Parker [1953] 1 WLR 1150.....266
R. v. Tottenham and District Tribunal, ex p. Northfield (Highgate) Ltd [1957] 1 QB 103.....354
Commissioners of Customs and Excise v. Cure and Deeley Ltd [1962] 1 QB 340.....558
R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, ex p. Jones [1962] 2 QB 677.....571
Hanks v. Minister of Housing and Local Government [1963] 1 QB 999.....561
R. v. Paddington Valuation Officers, ex p. Peachey Property Corporation Ltd [1964] 1 WLR 1186 899
R. v Criminal Injuries Compensation Board, ex p. Lain [1967] 2 QB 864…83, 84, 86, 105, 147, 601, 602
Schmidt v. Secretary of State for the Home Affairs [1969] 2 Ch. 149.....912

- 1970 – 1979 -

Lavender and Son Ltd v. Minister of Housing and Local Government [1970] 1 WLR 1231.....555

R. v. Inner London Quarter Session, ex p. D'Souza [1970] 1 WLR 376.....369
Agricultural, Horticultural and Forestry Industry Training Board v. Aylesbury Mushrooms Ltd [1972] 1 WLR 190.....897
R. v. Hillingdon London Borough Council, ex p. Royco Homes Ltd [1974] QB 720.....556
Coney v. Choyce [1975] 1 WLR 422.....899
R. v. Immigration Tribunal, ex p. Mehmet [1977] 1 WLR 795.....571
Malone v. Metropolitan Police Commissioner (No. 2) [1979] Ch. 344.....255, 601, 715, 724
R. v. Board of Visitors of Hull Prison, ex p. St Germain (No.2) [1979] 1 WLR 1401.....572

- 1980 – 1989 -

Brown v. Secretary of State for the Environment (1980) 40 P. & CR 285.....583, 773
De Falco v. Crawley Borough Council [1980] QB 460.....21
R. v. Rochdale Metropolitan Borough Council, ex p. Cromer Ring Mill [1982] 3 All ER 761.....931
R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Brent LBC [1982] QB 593.....934
Pickwell v. Camden London Borough Council [1983] QB 962.....772, 971
R. v. British Broadcasting Corporation, ex p. Lavelle [1983] 1 WLR 23.....84, 105, 109, 111
R. v. Home Secretary, ex p. Anderson [1984] QB 778.....719, 738
R. v. Broadcasting Complaints Commission, ex p. Owen [1985] QB 1153.....100, 931
R. v. St Edmundsbury BC, ex p. Investors in Industry Commercial Properties Ltd [1985] 1 WLR 1168.....412
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Benwell [1985] 1 QB 554.....84, 110
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Tarrant [1985] QB 251.....572
R. v. Wear Valley District Council, ex p. Binks [1985] 2 All ER 699.....114, 116
R. v. Ealing LBC, ex p. Times Newspapers Ltd (1986) 85 LGR 316.....561
R. v. Inner London Education Authority, ex p. Westminster City Council [1986] 1 WLR 28.....557
R. v. Secretary of State for Social Services, ex. p. Association of Metropolitan Authorities [1986] 1 WLR 1.....901
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Ruddock [1987] 1 WLR 1482.....869, 914
Allied Dunbar (Frank Weisinger) Ltd. v. Frank Weisinger [1988] IRLR 60.....771
R. v. Civil Service Appeal Board, ex p. Bruce [1988] ICR 649.....84, 110
R. v. Home Secretary, ex p. Benson [1989] COD 329.....584

- 1990 – 1999 -

R. v. Advertising Standards Authority, ex p. The Insurance Service Plc (1990) 2 Admin LR 77....100, 102
R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Rose Theatre Trust [1990] 1 QB 504.....415, 418
R. v. Chief Metropolitan Magistrate, ex p. Choudhury [1991] 1 QB 429.....718
R. v. Chesterfield LBC, ex p. Darker Enterprises Ltd [1992] COD 466.....568
R. v. Chief Rabbi of the United Hebrew Congregation of Great Britain and the Commonwealth, ex p. Wachmann [1992] 1 WLR 1036.....102 et s.
R. v. Cornwall County Council, ex p. Cornwall and Isles of Scilly Guardians Ad Litem and Reporting Panel [1992] 1 WLR 427.....585
R. v. Imam of Bury Park Mosque, ex p. Sulaiman Ali [1992] COD 13.....104
R. v. Legal Aid Board ex p. Bateman [1992] 1 WLR 711.....417
R. v. Winchester CC, ex p. Ashton (1992) 24 HLR 520.....563
R. v. Football Association Ltd, ex p. Football League Ltd [1993] All ER 833.....103 et s.

R. v. Lord Chancellor, ex p. Hibbit and Saunders [1993] COD 326.....107, 110
Miranda v. Secretary of State for the Home Department [2014] EWHC 255.....964
R. v. Dyfed CC, ex p. Manson [1994] COD 366.....412
R. v. Fernhill Manor School, ex p. A [1994] ELR 67.....102, 148
R. v. Higher Education Funding Council, ex p. Institute of Dental Surgery [1994] 1 WLR 242....572, 573, 577
R. v. Inspectorate of Pollution, ex p. Greenpeace Ltd (No. 2) [1994] 4 All ER 329.....415
R. v. Insurance Ombudsman Bureau ex p. Aegon Life Assurance Ltd [1994] CLC 88.....84, 102, 105
R. v. Islington LBC, ex p. Trail [1994] 2 FCR 1261.....575
R. v. Legal Aid Board, ex p. Megarry (No. 2) [1994] PIQR 476.....402
R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Rees-Mogg [1994] QB 552. 414
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Bentley [1994] QB 349.....604
R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. Hamble (Offshore) Fisheries Ltd [1995] 1 CMLR 533.....914
R. v. Cambridge DHA, ex p. B (No.1) [1995] 1 FLR 1055.....345
R. v. Coventry City Council, ex p. Phoenix Aviation [1995] CLC 757.....774, 785
R. v. Governors of Haberdashers' Aske's Hatcham College Trust ex p. Tyrell [1995] ELR 350.....102, 103, 105, 148
R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex p. World Development Movement Ltd [1995] 1 WLR 386.....408, 416, 559
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. McQuillan [1995] 4 All ER 400.....720, 745
R. v. Somerset County Council, ex p. Fewings [1995] 1 All ER 513.....255, 344, 557, 601
R. v. Legal Aid Board, ex p. Donn & Co [1996] 3 All ER 1.....108
R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Kirkstall Valley Campaign Ltd [1996] 3 All ER 304.....568
R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Richmond-upon-Thames LBC (No. 4) [1996] 4 All ER 903.....576
R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. First City Trading Ltd [1997] 1 CMLR 250 .....350, 772
R. v. Parliamentary Commissioner for Administration, ex p. Balchin (No. 1) [1997] COD 146.....84
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Moon [1997] INLR 165.....720
R. v. Lewisham LBC, ex p. Shell UK Ltd [1998] 1 All ER 938.....108
R. v. London Beth Din, ex p. Bloom [1998] COD 131.....104
R. v. Lord Chancellor, ex p. Witham [1998] QB 575.....724, 738
R. v. Ministry of Defence, ex p. Murray [1998] COD 134.....573
R. v. Norfolk CC, ex p. Thorpe [1998] COD 208.....562
R. v. Somerset County Council, ex p. Dixon [1998] Env LR 111.....411, 414, 417, 418
R. v. Birmingham City Council, ex p. B [1999] ELR 305.....576
R. v. Birmingham CC, ex p. Mohammed [1999] 1 WLR 33.....562
R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. Monsanto plc [1999] QB 1161.....898

- 2000 – 2010 -

R. (on the application of Edison First Power Ltd) v Secretary of State for Environment, Transport & Regions [2000] EWHC 317.....315
R. v. Muntham House School, ex p. R. [2000] ELR 287.....112
R. (on the application of Molinaro) v. Kensington and Chelsea RLBC [2001] EWHC admin 896 . 86, 108, 109, 112, 114, 149

R. v. Bolsover DC, ex p. Pepper [2001] JPL 804 .....86, 108
R. v. Servite Houses and Wandsworth LBC, ex p. Goldsmith [2001] ACD 4.....84, 86, 106
R. (on the application of A) v. Partnerships in Care Ltd [2002] 1 WLR 2610 .....100, 107
R. (on the application of Campaign for Nuclear Disarmament) v. Prime Minister [2002] EWHC 2777.....608, 863
R. (on the application of Fuller) v. Chief Constable of Dorset [2002] 3 WLR 1133.....510
R. (on the application of M) v. Criminal Injuries Compensation Authority [2002] EWHC 2646....585
R. (on the application of WB) v. Leeds School Organisation Committee [2002] EWHC 1927.....412
Thoburn v. Sunderland City Council [2002] EWHC 195.....441, 443, 449, 452, 483
R. (on the application of Bahrami) v. Immigration Appeal Tribunal [2003] EWHC 1453.....576
Ghadami v. Harlow DC [2004] EWHC 1883.....933
R. (on the application of David Edwards) v. The Environment Agency (No.1) [2004] EWHC 736. 408
R. (on the application of Mullins) v. Jockey Club Appeal Board (No. 1) [2005] EWHC 2197….. 103, 104
R. (on the application of Ewing) v. Department for Constitutional Affairs [2006] EWHC 504.....571
R. (on the application Island Farm Development Ltd) v. Bridgend County Borough Council [2006] EWHC 2189.....568
R. (on the application of Gamesa Energy UK Limited) v. National Assembly for Wales [2006] EWHC 2167.....113, 118
R. (on the application of L) v. Wandsworth LBC [2006] EWHC 694.....553
R. (on the application of Menai Collect Ltd) v. Department for Constitutional Affairs [2006] EWCH 724.....107, 110, 113
Bunney v. Burns Anderson Plc [2007] EWHC 1240.....71
R. (on the application of CENTRO) v. Secretary of State for Transport [2007] EWHC 2729.....961
R. (on the application of Greenpeace ltd) v. Secretary of State for Trade and Industry [2007] EWHC 311.....914
R. (on the application of Hasan) v. Secretary of State for Trade and Industry [2007] EWHC 2630 ….....414, 572, 575
R. (on the application Legal Remedy UK Ltd) v. Secretary of State for Health [2007] EWHC 1252 417
R. (on the application of Wells) v. Parole Board [2007] EWHC 1835.....346
R. (on the application of House Research) v. Director of the Serious Fraud Office [2008] EWHC 714.....563
R. (on the application of Weaver) v. London and Quadrant Housing Trust [2008] EWHC 1377…107
R. (on the application of Wheeler) v. Office of the Prime Minister and the Foreign Secretary [2008] EWHC 936.....414
R. (on the application of Wheeler) v. Office of the Prime Minister [2008] EWHC 1409.....972, 974
Al-Jedda v. Secretary of State for Defence [2009] EWHC 397.....610
R. (on the application of Al-Haq) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2009] EWHC 1910.....416
R. (on the application of B.) v Worcestershire County Council [2009] EWHC 2915.....585
R. (on the application of Cart) v. Upper Tribunal [2009] EWHC 3052.....646, 658
R. (on the application of Morton) v. Parole Board of England and Wales [2009] EWHC 188.....553

- 2010 – 2017 -

R. (on the application of Evans) v. Secretary of State for Defence [2010] EWHC 1445.....414
R. (on the application of Persimmon Homes Ltd) v. Vale of Glamorgan Council [2010] EWHC 535

.....568
R. (on the application of Harrow Solicitors) v. Legal Services Commission [2011] EWHC 1087. .114
R. (on the application of Jenkins) v. Marsh Farm Community Development Trust [2011] EWHC 1097.....102, 103
R. (on the applications of YZ, MT, YM) v. Secretary of State for the Home Department [2011] EWHC 205.....369
R. (on the application of Waste Recycling Group Ltd) v. Cumbria County Council [2011] EWHC 288.....869
AAM (A Child) v. Secretary of State for the Home Department [2012] EWHC 2567.....892
John William Allman v. HM Coroner For West Sussex [2012] EWHC 534.....868
London Borough of Richmond Upon Thames v. Kubicek [2012] EWHC 3292.....554
R. (on the application of Caitlin Reilly) v. The Secretary of State for Work and Pensions [2012] EWHC 2292.....413
R. (on the application of Harrow Community Support Ltd) v. Secretary of State for Defence [2012] EWHC 1921.....864, 869
R. (on the application of Hurley and Moore) v. Secretary of State for Business, Innovation and Skills [2012] EWHC 201.....899
R. (on the application of Chen) v. Secretary of State for the Home Department [2013] EWHC 2239 747
R. (on the application of Gibson) v. Harrow District Council [2013] EWHC 3449.....899
R. (on the application of Pharmacy Care Plus Ltd) v. Family Health Services Appeals Unit [2013] EWHC 824.....553
Clayton v. Army Board of the Defence Council [2014] EWHC 1651.....572
R. (on the application of Birks) v. Commissioner of Police of the Metropolis [2014] EWHC 3041. 974
R. (on the application of Caitlin Reilly (No.2)) v. The Secretary of State for Work and Pensions [2014] EWHC 2182.....317
R. (on application of Nestwood Homes Developments) v. South Holland DC [2014] EWHC 863. 568
R. (on the application of Plantagenet Alliance Ltd) v. Secretary of State for Justice [2014] EWHC 1662.....345
R. (on the application British Academy of Songwriters, Composers and others) v. Secretary of State for Business, Innovation and Skills [2015] EWHC 2041.....889
R. (on the application of Gottlieb) v. Winchester City Council [2015] EWHC 231.....412
R. (on the application of Hawke) v. Secretary of State for Justice [2015] EWHC 4093.....403, 868, 900
R. (on the application of Williams) v. Secretary of State for the Home Department [2015] EWHC 1268.....413
R. (on the application of Ben-Dor) v. The University of Southampton [2016] EWHC 953.....969
R. (on the application of ClientEarth) v. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs [2016] EWHC 3613.....354
R. (on the application of Majit) v. Secretary of State for the Home Department [2016] EWHC 741 898
R. (on the application of Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union [2016] EWHC 2768.....307, 377, 599
R. (on the application of Yousuf) v. Secretary of State for the Home Department [2016] EWHC 663 354
R. (on the application of Campaign against Arms Trade) v. The Secretary of State for International Trade [2017] EWHC 1754.....964, 969
R. (on the application of Conway) v. Secretary of State for Justice [2017] EWHC 640.....517

R. (on the application of Minton Morrill Solicitors) v. The Lord Chancellor [2017] EWHC 612...503
R. (on the application of Privacy International) v. Investigatory Powers Tribunal [2017] EWHC 114 .....646, 663, 742, 960
R. (on the application of SB) v. NHS England [2017] EWHC 2000.....584, 965

- Décisions des cours avant la réforme du *Judicature Act* de 1873 -

- Cour du Banc du Roi/Cour du Banc de la Reine

Prohibitions del Roy (1607) 12 Co. Rep. 63.....647
Dr Bonham's case (1610) 8 Co Rep 113.....566, 647
Case of Proclamations (1611) 2 Co Rep 74.....598, 602, 647
Bagg's Case (1615) 11 Co. Rep. 93.....565
R. v. University of Cambridge, ex p. Bentley (1723) 1 Str 557.....565
The King v. Moutague and Others (1729) Sessions Cases 106.....15
R. v. Barker (1762) 3 Burr. p. 1265.....15
R. v. Corden (1769) 4 Burr. p. 2281.....15
The King v. The Inhabitants of Seton (1797) 7 Term Rep. 373.....15
R. v. Bolton (1841) 1 QB 66.....365

- Cour de l'Échiquier (avant 1873)

Bunbury v. Fuller (1853) 9 Ex 111.....368

- Cour des Plaids Communs (avant 1873)

Cooper v. Wandsworth (1863) 14 C.B. (N.S.) 180.....265, 566

- Court of Session

Ferguson v. Earl of Kinnoull (1842) 9 Cl. & F. 251.....299

Juridictions européennes

- Cour européenne des droits de l'Homme -

- 1968 – 1999 -

CEDH, 23 juillet 1968, *affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, req. n°1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63 ; 2126/64.....758
CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres*, série A, n°22.....493
CEDH, 6 septembre 1976, *Klass c. Autriche*, série A n°28.....757
CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, série A n°24.....757, 758
CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, Ann. CEDH, p. 603.....488
CEDH, 26 avril 1979, *The Sunday Times c. Royaume-Uni*, n°6538/74, Série A, n°30.....717, 757
CEDH, 10 février 1983, *Albert et Lecompte c. Belgique*, n° 7299/75 et 7496/76.....789, 791
CEDH, 23 novembre 1983, *Van der Mussele v. Belgique*, série A n°70.....756
CEDH, 21 février 1984, *Oztürk c. Allemagne*, Série A, n°73.....494
CEDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, Série A n°82, req. n°8691/79.....255
CEDH, 21 février 1986, *James et autres*, série A n°98.....758
CEDH, 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, série A n°109.....757
Comm., 8 mars 1988, *Théron c. Franc*e, req. N°11.422/85.....493
CEDH, 25 octobre 1995, *Bryan c. Royaume-Uni*, n°19178/91.....791
CEDH, 22 novembre 1995, *Bryan c. Royaume-Uni*, req. N°19178/91.....802
CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, rec. 1997-I.....759
CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres*, n°25088/94.....490
CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, rec. 1999-IV.....758
CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin*, rec. 1999.252.....790

- 2000 – 2017 -

CEDH, 25 juillet 2000, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, rec. 2000-IX, req. n°33985/96 et n°33986/96.....746
CEDH, 13 février 2003, *Chevrol c. France*, n°49636/99.....490
CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez v. France*, req. N°40892/98.....495
CEDH, 25 janvier 2005, *Enhorn c. Suède*, rec. 2005-I.....757
CEDH, 27 janvier 2005, *Ramirez Sanchez c. France*, req. n°59450/00.....494
CEDH, 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (n°2)*, Recueil des arrêts et décisions 2005-IX, req. n° 74025/01.....507
CEDH, 14 novembre 2006, *Tsfayo c. Royaume-Uni*, req. n°60860/00.....801
CEDH, 12 juin 2007, *Frérot c. France*, req. N°70204/01.....493, 494
CEDH, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen, et autres c. Finlande*, n°63235/00.....790
CEDH, 17 septembre 2009, *Enea c. Italie*, req. n°74912/01.....791
CEDH, 15 juillet 2010, *Chagnon et Fournier*, n°44174/06 et 44190/06.....816
CEDH, 15 décembre 2011, *Al-Khawaja*, n°26766/05.....506
CEDH, 22 mai 2012, *Scoppola c. Italie (n°3)*, req. n°126/05.....507
CEDH, 7 juin 2012, *Segame c. France*, n°4837/06.....791
CEDH, 4 juillet 2013, *Anchugov et a. c. Russie*, req. n°11157/04 et n°15162/05.....507

CEDH, 18 septembre 2014, *Brunet c. France*, req. N° 201010/10.....799
CEDH, 20 octobre 2015, *Ali c. Royaume-Uni*, req. N°40378/10.....506, 802

- Cour de Justice de l'Union européenne -

- 1956 – 1999 -

Cour de Justice, 29 novembre 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Haute Autorité,* aff. 8/55, rec. 201.....752
CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, C-26/62, rec. p. 3.....469
CJCE, 15 juillet 1964, *Costal c. ENEL*, C-6/64, rec. p. 1141.....469
CJCE, 13 novembre 1964, *Commission c/ Luxembourg et Belgique*, aff. 90/63 et 91/63, rec. 1217 476
CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, rec. 1970.....752
CJCE, 17 décembre 1970, *Société SACE*, rec. 1213.....470
CJCE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA (No. 2)*, C-106/77 rec. p. 629.....469
CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, rec. 1629.....471
CJCE, 8 novembre 1979, *Denkavit*, aff. 251/78, rec. p. 3369.....755
CJCE, 23 février 1983, *Fromançais SA c. Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles*, aff. 66/82.....755
CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83, rec. p. 1891 ….....472
CJCE, 17 mai 1984, *Denkavit Nederland*, aff. 15/83, rec. 2171.....753
CJCE, 22 octobre 1987, *Foto Frost*, rec. 409.....479
CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame*, C-213/89, rec. p. 2433.....48
CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa et autres*, aff. C-331/88, rec. I. p. 4023.....753
CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, C-106/89, rec., p. 4135.....472
CJCE, 16 décembre 1992, *Commission c/ Grèce*, aff. C-210/91, rec. I. p. 6735.....753

- 2000 – 2017 -

CJCE, 11 juillet 2000, *Toolex Alpha*, C-473/78 rec. I. p. 5681.....754
CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, aff. C-491/01, rec. I. p. 11453.....754
CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*, aff. C-112/00, rec. I.p. 5659.....754
CJCE, 9 septembre 2004, *Royaume d'Espagne et République de Finlande c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-184/02 et C-223/02.....755
CJCE, 5 octobre 2004, *Pfeiffer v. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut Ev*, C-397/01, rec. 8835.....473
CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Phielhallen*, aff. C-36/06, rec. I. p. 9609.....754
CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Worker's Federation c. Viking Line*, aff. C-438/05.....755
CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, aff. C-341/05.....755

CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone Ltd e.a.*, aff. C-58/08, rec. I. p. 4999.....753
CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger et autres*, aff. C-287/12 et C-594/12.....753
CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB*, aff. C-203/15.....755

Sommaire

Remerciements.....I
Sommaire.....III
Liste des abréviations.....V

Introduction..... 1

I. L'existence de voies de recours originales dans le contrôle de l'activité administrative en France et en Angleterre.....2

A. Des recours à l'histoire ancienne..... 3

1. Les prémisses du recours pour excès de pouvoir avant 1789.....3

2. L'émergence des *prerogative writs* avant 1688.....6

B. Des recours marqués par les périodes révolutionnaires..... 10

1. Les fondements révolutionnaires des recours.....10

a. Les bases du recours pour excès de pouvoir et l'émergence d'une juridiction administrative..... 10

b. Le développement des *prerogative writs* et de la compétence de la Cour du Banc du Roi sur l'administration locale..... 13

2. La consécration des recours dans le contrôle de l'activité administrative.....16

a. Le développement jurisprudentiel et la consécration textuelle du recours pour excès de pouvoir..... 17

b. La rénovation législative de la *judicial review* au XXe siècle.....19

II. L'intérêt d'une comparaison des systèmes français et anglais.....22

A. Le constat d'une certaine carence dans la comparaison entre les droits administratifs français et anglais..... 25

B. L'intérêt d'une comparaison portant sur le rôle des juges en France et l'Angleterre.....30

III. La méthode de comparaison des droits.....33

A. La méthode de comparaison : la nécessité d'une approche rigoureuse.....34

B. Définition des termes et délimitation du sujet.....40

IV. Intérêt du sujet et problématique.....42
A. Intérêt du sujet : la comparaison de recours aux caractéristiques particulières.....42
1. Les traits caractéristiques des recours, signes de leur autonomie au sein des ordres juridiques.....42
a. Le recours pour excès de pouvoir : un recours fondé sur le principe hiérarchique administratif dans un but de surveillance de l'administration subordonnée.....43
b. La *judicial review* : la supervision royale de l'administration locale.....45
2. Des recours toutefois de nature différente.....47
3. Des recours sous tension.....49
B. Problématique 51
C. Annonce de plan.....51

Partie I. Le rôle des juges dans le développement des outils de contrôle de l'activité administrative.....55

Titre I. Le rôle actif des juges dans le développement des outils de contrôle de l'activité administrative.....57
Chapitre I. Le rôle prépondérant des juges dans la détermination du champ des recours : une démarche casuistique.....59
Section I. L'insuffisance des sources textuelles dans la détermination du champ des recours palliée par les juges.....61
I. L'insuffisance des textes dans le domaine de la détermination du champ des recours.....61
A. L'absence de critères textuels suffisants en droit français.....62
B. Un critère législatif flou en droit anglais.....64

II. La nécessaire détermination du champ des recours par les juges.....66
A. Le rôle des juges dans la détermination du champ du recours pour excès de pouvoir…66
B. Le rôle fondamental des juges dans la détermination du champ de la judicial review…68

Section II. L'échec de la détermination jurisprudentielle par critères.....72

I. Le rejet d'un critère « non matériel »....73

A. L'expérience d'un critère organique en France....73

1. Le critère organique comme élément de détermination de la compétence du juge administratif....73

2. L'utilisation persistante du critère organique en pratique : le cas des contrats administratifs....75

a. La présence d'une personne publique, condition *sine qua non* de l'administrativité du contrat....75

α. La remise en cause de la jurisprudence Entreprise Peyrot *: la réaffirmation de l'importance du critère organique*....76

β. la présence d'un critère organique dissimulée dans l'affaire Entreprise Peyrot....77

b. La présence d'au moins une personne publique, condition insuffisante à la qualification d'un contrat administratif....81

B. La source du pouvoir, premier critère utilisé pour la judicial review....82

1. La source du pouvoir, critère fondamental....82

a. Le critère formel privilégié....83

b. Un critère justifié par le respect de la souveraineté du Parlement....85

2. Les insuffisances du seul critère de la source du pouvoir....85

II. L'insuffisance d'un critère fondé sur la nature de l'activité....88

A. Le critère matériel en France : service public et puissance publique....88

1. Émergence, utilisation et décadence : vers une définition toujours plus imprécise de la notion de service public....89

a. L'émergence de la notion....89

b. L'utilisation de la notion en jurisprudence....90

c. La décadence de la notion de service public....91

d. Persistance et redéfinition : vers toujours plus d'imprécision....92

2. La puissance publique....94

B. Le critère matériel en Angleterre : les éléments de droit public....98

1. En l'absence de contrat, la « fonction publique» qualifiée par réunion de divers « éléments de droit public »....98

a. La nécessité de dépasser le critère de la source du pouvoir....98

b. L'impossible systématisation des éléments pris en compte.....101
2. En présence d'un contrat, la difficulté de réunir suffisamment d'« éléments de droit public ».....104
a. Contrat et gestion d'un service.....106
b. Contrat et relations avec les individus.....108
c. Une méthode d'identification reposant sur deux indices alternatifs.....110
α. Le cas le plus simple : l'appel à la loi.....111
β. La recherche d'éléments publics pour pallier l'insuffisance législative.....112
d. Critiques de la nécessité de rechercher des « éléments de droit public ».....117

Section III. Une détermination jurisprudentielle nécessairement casuistique.....122
I. Une acceptation implicite de la détermination casuistique en France. .123
A. Une acceptation implicite de la part de la doctrine.....124
1. Les limites de la notion de « critère ».....124
2. Les limites doctrinales dans la recherche d'un critère de détermination.....125
B. La casuistique dans la définition des services publics 130
1. La définition casuistique de la notion de « service public ».....131
2. La casuistique dans la distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial.....132
3. Les différentes inconnues dans l'équation, exprimant chacune la casuistique du juge....134
C. La casuistique dans la définition du contrat administratif.....137
1. Le cas des contrats permettant l'exécution d'un service public.....138
2. Le cas du contrat comportant une clause particulière.....139
II. La détermination casuistique : l'acceptation claire en Angleterre.....142
A. L'acceptation par la doctrine de la méthode casuistique.....143
1. L'acceptation de l'approche casuistique des juges.....143
2. L'acceptation du relativisme des décisions de justice.....145
B. La casuistique en pratique : la reconnaissance par les juges.....147
C. La casuistique en pratique : l'illustration par la comparaison du champ de la judicial review *et du* Human Rights Act.....149

III. Conclusions : le rôle fondamental du juge dans la détermination du champ des recours.....153
A. La reconnaissance de la place fondamentale des juges dans la détermination du champ des recours.....153
1. La place nécessairement centrale des juges.....153
2. Pour la reconnaissance d'une méthode générale fondée sur le faisceau d'indices.....156
B. Une place fondamentale justifiant des réformes de la motivation des décisions juridictionnelles.....162
1. Pour des décisions de justice moins laconiques en France.....163
a. État des lieux de la motivation des décisions de justice en France.....163
α. Les arguments en faveur d'un développement de la motivation.....163
β.Un mouvement déjà amorcé mais insuffisant.....165
b. Les voies possibles d'amélioration la motivation des décisions de justice française.....169
α. Une meilleure accessibilité de la motivation par sa diffusion et sa rédaction.....170
β. Une meilleure formulation de la motivation.....172
γ. Une appréciation complète des données du litige et de sa résolution.....173
δ. La question de la charge de travail.....181
2. Les réflexions sur un mouvement inverse dans la motivation des décisions de justice en Angleterre.....182
a. Le développement d'une volonté de réforme.....182
b. Le développement d'une pratique collégiale de la décision de justice.....186
3. Vers une rédaction similaire des décisions de justice ?.....187

Chapitre II. La confection d'un droit spécifique au contrôle de l'administration: le droit administratif.....191
Section I. Le droit administratif français, un droit ancien d'origine jurisprudentielle.....193
I. L'émergence du droit administratif en France.....193
A. La vision classique : un droit créé au XIXe siècle.....194
1. Exposé de la vision classique.....194
2. Conséquence : la liaison du droit administratif et du Conseil d'État.....196
B. La vision renouvelée : un droit existant sous l'Ancien Régime.....197

C. Desserrer le lien entre droit administratif et Conseil d'État.....199
1. L'absence d'un lien indissoluble et automatique entre la compétence du Conseil d'État et l'application du droit administratif.....200
2. L'existence d'un lien fort entre compétence du Conseil d'État et application du droit administratif.....201

II. Le droit administratif moderne, expression du pouvoir de création du juge administratif.....207
A. Un droit prétorien.....208
B. Un droit visant à concilier des impératifs contraires.....210
1. Concilier action efficace de l'administration et droits des individus.....210
2. Concilier pouvoirs et obligations particulières de l'administration.....212
3. Fondements du régime et de l'application du droit administratif.....216
a. La distinction entre champ de compétence du juge administratif et champ d'application du droit administratif.....216
b. L'intérêt général.....218
α. L'intérêt général, fondement du régime de droit administratif.....218
β. L'intérêt général, notion nécessairement indéfinissable.....222
c. La nécessité de l'expression d'une volonté.....225
α. L'application du droit administratif par la volonté du Parlement.....226
β. L'application du droit administratif par la volonté de l'administration.....228
γ. L'application du droit administratif par la volonté du juge.....230

Section II. Le droit administratif moderne en Angleterre, réponse des juges au développement de l'Administration.....237
I. Le rejet du droit administratif du fait des idées de Dicey.....239
A. La vision de Dicey : le droit administratif, un droit de privilèges.....240
1. Les idées de Dicey.....241
a. Les principes de *rule of law* de Dicey.....241
b. Le droit administratif remet en cause les principes de la *rule of law*.....242
2. Les héritiers de Dicey : Lord Hewart et John Allison.....245
a. L'héritier virulent : Lord Hewart.....245

b. L'héritier moderne : John Allison.....247
B. Les critiques faites aux idées de Dicey.....249
1. La mauvaise appréciation du droit administratif français.....250
2. Une vision contestable du droit anglais.....253
a. Une vision contestable donnée par Dicey du droit contemporain.....253
b. Le droit administratif anglais, des racines anciennes?.....255

II. La nécessité de concilier les pouvoirs de l'exécutif et les droits des individus : l'émergence du droit administratif en Angleterre.....260
A. La construction du droit administratif par les juges en raison du développement de l'Administration et de ses pouvoirs.....261
1. Le développement des actions et des pouvoirs de l'administration.....261
2. La réponse des juges : la construction d'un droit administratif.....264
a. Le recul du contrôle juridictionnel au début du XXe siècle.....265
b. La reconquête par les juges à partir de 1964.....266
c. L'affermissement du contrôle et du droit administratif : le rôle fondamental des juges..268
B. Un droit conçu pour concilier la protection des droits avec l'exigence d'efficacité de l'action administrative.....270
1. La théorie du « feu vert » et du « feu rouge » de Harlow et Rawlings : quel rôle pour le droit administratif ?.....271
2. Le feu est orange : la fonction de conciliation du droit administratif et des juges.....273
C. La dissociation entre droit administratif et judicial review.....276
1. Les conséquences de la définition du droit administratif comme droit applicable à l'administration.....277
2. Les conséquences de la définition du droit administratif comme l'ensemble des règles particulières applicables à l'administration.....278

Section III. Conclusions communes sur le droit administratif.....283
I. Les points de convergence : un droit prétorien construit en réponse au développement de l'action administrative.....283
II. Les points de divergence entre les conceptions française et anglaise du droit administratif.....285

Titre II. Le rôle légitime des juges : le respect du principe de légalité comme fonction légitimante.....295

Chapitre I. La recherche d'un fondement au rôle des juges dans le respect de la volonté du Parlement.....297

Section I. Le respect de la loi comme moyen premier de légitimation.....299

I. Le principe de légalité, objet du recours pour excès de pouvoir.....300

A. L'affirmation en doctrine : une qualification non démentie.....300

B. Le juge de l'excès de pouvoir, garant légitime de l'État légal.....301

II. La doctrine de l'*ultra vires* : le rattachement de la *judicial review* à la souveraineté du Parlement.....304

A. La souveraineté du Parlement, principe cardinal du droit public.....305

*B. La doctrine de l'*ultra vires *: les juges comme agents du législateur*.....310

1. Le sens de la doctrine de l'*ultra vires* : la place prépondérante de la volonté du Parlement 310

2. L'intérêt de la doctrine de l'*ultra vires* : la légitimation du rôle des juges.....315

a. La légitimation du rôle des juges par l'intention du Parlement et le principe de séparation des pouvoirs.....315

b. Une doctrine fondée sur un artifice.....319

Section II. Un fondement porteur d'une limite claire : l'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur.....322

I. Une limite fluctuante dans le champ du contrôle : l'impossibilité de contrôler toutes les déterminations de l'administration.....323

A. L'impossibilité relative pour le juge de la légalité de contrôler l'opportunité des actes de l'administration.....323

1. Un refus clair.....324

a. La définition de l'opportunité : le lien avec le pouvoir discrétionnaire.....324

b. Un lien contesté menant à un constat de contrôle de l'opportunité d'un acte par le juge 327

c. L'affirmation constante et claire d'un refus d'appréciation de l'opportunité par les juges 332

2. Les fondements du refus de l'appréciation de l'opportunité.....335

3. La dichotomie entre légalité et opportunité : des frontières maîtrisées par le juge.....336
B. Un contrôle matériellement limité en judicial review : le refus d'un contrôle des merits de la décision.....339
1. La définition des *merits* : le possible rapprochement avec l'opportunité.....341
2. La signification de l'interdiction du contrôle des *merits* par les juges.....342
3. La relativité de la distinction entre *merits* et légalité.....346

II. Une limite visible dans les pouvoirs des juges : l'impossibilité de se substituer à l'administration.....351
A. Le recours pour excès de pouvoir classiquement limité à la seule annulation.....352
B. L'impossibilité de prendre un acte à la place de l'administration en judicial review.…353

Chapitre II. Des recours conçus pour assurer le respect de la volonté du Parlement.....359
Section I. Les moyens de contrôle ouverts aux juges pour assurer le respect de la loi.....360
I. Les moyens du contrôle du respect de la loi dans l'office du juge de l'excès de pouvoir : compétence et respect de la loi.....360
II. Les moyens de contrôle du juge par la voie de la *judicial review* : la détermination de la compétence de l'autorité décisionnaire.....362
A. L'importance de la notion de « compétence » de l'autorité décisionnaire octroyant un rôle limité aux juges.....364
B. L'extension du contrôle par le développement de techniques particulières.....367
1. La doctrine de la « question préliminaire » : le contrôle des conditions de la compétence 367
2. La redécouverte d'un contrôle sur les « erreurs de droit apparentes ».....370
C. L'unification du contrôle des erreurs de droit : l'affaire Anisminic.....371

Section II. Des recours façonnés pour permettre le respect de la loi.....378
I. L'affirmation traditionnelle du caractère objectif du recours pour excès

de pouvoir.....378
A. Une affirmation classique en doctrine.....379
1. La place particulière du recours pour excès de pouvoir au sein des classifications traditionnelles.....379
2. Une place particulière non démentie.....382
B. L'affirmation du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir dans l'œuvre des magistrats administratifs.....383
C. Les marqueurs du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir.....386
1. Le caractère objectif dans les éléments de procédure : l'intérêt à agir.....386
a. L'intérêt à agir entendu libéralement : la garantie d'un contrôle ouvert de légalité.....386
b. L'intérêt à agir parfois non nécessaire : l'intérêt de la légalité comme condition suffisante 389
2. L'objectivité dans le contrôle du juge.....391

II. La *judicial review* et la notion de « recours objectif ».....394
A. Un recours au statut particulier.....395
B. La judicial review*, un « recours objectif »?*.....396
1. Les arguments utilisés en faveur de la qualification de « contentieux objectif » ou de « recours objectif ».....397
2. L'impossibilité de qualifier la *judicial review* de « contentieux objectif » ou de « recours objectif ».....400
3. La *judicial review*, un recours original permettant le respect de la « légalité objective »404
a. La « légalité objective », fondement de la *judicial review*.....405
b. L'intérêt suffisant, élément révélateur de la centralité de la « légalité objective » dans la *judicial review* 408
α. Le rôle de l'intérêt à agir dans le cadre de la judicial review.....409
β. Une notion entendue de moins en moins restrictivement : la volonté des juges de garantir la « légalité objective ».....411
*γ. Vers un recours sous forme d'*actio popularis *?*.....417

Partie II. Le rôle des juges dans l'extension d'un contrôle basé sur la mise en balance des éléments.....427

Titre I. Le rôle des juges dans l'extension de la soumission de l'administration à un principe de légalité entendue *lato sensu*.....429

Chapitre I. L'enrichissement normatif de l'ordre juridique : la remise en cause de la centralité de la loi.....431

Section I. Le développement de normes constitutionnelles : entre simple application et construction par les juges.....435

I. L'enrichissement des normes de référence utilisées par les juges grâce au développement de normes constitutionnelles.....435

A. La réception et le développement des normes constitutionnelles par le Conseil d'État 436

B. Le développement d'une catégorie particulière de normes en droit anglais limitant le Parlement : les « lois constitutionnelles ».....440

1. La possibilité d'abrogation implicite des lois anciennes et contraires, corollaire classique de la souveraineté du Parlement.....440

2. La jurisprudence *Thoburn*, source d'une nouvelle catégorie de normes limitant la possibilité d'abrogation implicite.....441

II. Un enrichissement limité par le respect de la loi.....444

A. L'impossibilité de contrôler la constitutionnalité de la loi pour le juge administratif...444

1. Le dogme de l'impossibilité de contrôler la constitutionnalité de la loi.....445

2. Un dogme en recul : renouvellement et évolution dans l'appréciation de la constitutionnalité de la loi.....445

B. Le statut « constitutionnel » des lois en droit anglais, élément de conciliation des lois : l'impossible assimilation à la hiérarchie des normes française.....449

Section II. L'influence croissante des normes internationales : le rôle actif des juges dans la réception du droit international.....455

I. L'émergence d'un contrôle de conventionnalité des lois : l'importance des bases constitutionnelles dans l'office du juge administratif.....455

A. La réception, l'application et l'interprétation des normes internationales : un rôle admis et facilité par le Conseil d'État.....456

B. La soumission du législateur aux conventions internationales 460

II. La réception du droit international dans la jurisprudence anglaise : le dualisme en question.....462

A. Le dualisme, composant de la souveraineté du Parlement.....462

B. Les différents procédés de réception du droit international par la jurisprudence : le respect continuel de la volonté expresse du Parlement.....463

1. Le développement de la *common law* par les juges au regard des obligations internationales.....464

2. L'interprétation de la loi conformément aux obligations internationales.....466

Section III. Les juges face au défi de l'invocabilité du droit et des principes structurants de l'Union européenne 469

I. La position des juges français et anglais face au défi de l'invocabilité des normes de droit de l'Union européenne : une position aujourd'hui similaire 470

A. La problématique de l'invocabilité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir : une question difficilement résolue 470

B. La réception de la jurisprudence de la Cour de Justice : la possibilité pour le juge anglais de pallier le manque d'effet direct du droit de l'Union européenne.....472

II. Les conséquences importantes du droit de l'Union européenne : le renouvellement du contrôle des juges.....475

A. Le respect du droit dérivé : entre soumission du législateur et garantie de la Constitution.....476

1. La soumission du Parlement à la suite de la jurisprudence *Nicolo*.....476

2. Le contrôle de constitutionnalité des actes de transposition.....477

B. L'impossibilité de remettre en cause implicitement le droit de l'Union européenne conduisant à la reconnaissance d'un contrôle de la loi.....480

Section IV. La difficile réception de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit interne.....487

I. Une réception importante pour le juge administratif français.....487

A. Une pleine réception tardive de la Convention européenne en droit interne.....488

1. Les obstacles à la pleine réception.....488

2. La réception facilitée des interprétations de la Cour européenne : entre acceptation et anticipation.....490

B. L'interprétation comme pierre angulaire de l'appréciation du juge de l'excès de pouvoir 496

II. Une réception difficile ouvrant de nouveaux pouvoirs au juge anglais 499

A. La difficile réception de la Convention européenne.....500

B. Le Human Rights Act *: des moyens importants mis à la disposition des juges pour faire respecter la Convention européenne*.....503

1. La prise en compte de la jurisprudence de la Cour européenne:à la recherche d'un dialogue des juges.....505

2. L'interprétation conforme : une obligation textuelle.....510

3. La déclaration d'incompatibilité : l'appel au Parlement comme dernier recours.....515

4. Des pouvoirs conduisant les juges à limiter le législateur : l'atténuation de la souveraineté du Parlement.....517

Chapitre II. L'approfondissement et l'extension du contrôle porté sur l'activité administrative.....523

Section I. L'approfondissement par le développement des cas d'ouverture : une meilleure soumission de l'action administrative au contrôle des juges.....524

I. L'accroissement des cas d'ouverture par le juge de l'excès de pouvoir : un meilleur contrôle de la légalité.....525

A. L'incompétence, moyen visant au respect de la répartition des pouvoirs.....526

B. Le vice de forme : le cas du défaut de motivation.....528

C. Le vice de procédure : la mise en œuvre des droits de la défense.....531
1. Le champ d'application des droits de la défense.....532
2. Une implication importante de l'individu à renforcer.....533
D. Le détournement de pouvoir : le respect du but de l'action administrative.....536
E. La violation de la règle de droit : le développement plus récent du contrôle des motifs de l'acte.....538
1. L'erreur de droit.....540
2. L'erreur de fait.....542
3. La qualification juridique des faits : un cas d'ouverture distinct de l'erreur de fait.....543

II. La diversité des cas d'ouverture en *judicial review*, illustration du passage à une conception *lato sensu* de la légalité.....546
A. Le renforcement du respect de la légalité stricto sensu.....548
1. Le difficile contrôle des erreurs de fait entrant dans la compétence de l'autorité.....549
2. Le contrôle du pouvoir discrétionnaire au regard de la loi.....555
a. L'interdiction de déléguer un pouvoir discrétionnaire.....555
b. Le contrôle du but de l'action.....556
c. Le contrôle de la pertinence des éléments.....560
B. Une conception lato sensu *de la légalité : les cas d'erreur procédurale et d'irrationalité*.....564
1. L'erreur procédurale : le respect des principes de *natural justice*.....564
a. Origines et extension de l'application des règles de *natural justice*.....565
b. Le droit d'être entendu : entre visions instrumentale et non instrumentale des règles procédurales.....569
α. Les arguments en faveur du développement du droit d'être entendu : vision instrumentale et vision non-instrumentale des règles procédurales.....569
β. Le contenu du droit d'être entendu.....571
γ. La question de la motivation des actes.....572
2. L'irrationalité : le test de l'affaire *Wednesbury*.....577
a. La fonction du contrôle de l'irrationalité : un contrôle faible de la substance de la décision.....579
b. Les différents sens attribués à l'irrationalité : la porosité des cas d'ouverture de *judicial review*.....582

Section II. L'extension du champ des recours : les différents aspects de l'activité administrative soumis au juge.....587

I. L'extension de la catégorie des actes attaquables par la voie du recours pour excès de pouvoir.....587

A. La diminution progressive des actes de gouvernement.....588

1. L'incompétence du juge administratif pour connaître des actes de gouvernement.....589

2. La diminution progressive des actes de gouvernement : l'utilisation casuistique des actes détachables.....591

B. L'entrée récente du recours pour excès de pouvoir dans le domaine du droit souple...593

II. L'extension des pouvoirs soumis à la *judicial review*.....596

A. L'extension de la judicial review aux actes de la prérogative royale et de la « troisième source » : une possible assimilation avec la théorie des actes de gouvernement.....597

1. La double définition possible de la « prérogative royale » : la dualité des sources non textuelles de pouvoirs de l'exécutif.....597

2. Extension et limite de la *judicial review* : la justiciabilité de la question soumise aux juges 602

3. La détermination casuistique du caractère justiciable d'une question : le cas des actes pris dans le domaine des relations internationales 605

4. Une possible analogie avec les actes de gouvernement ?.....610

a. L'existence de similitude entre la justiciabilité et les actes de gouvernement.....610

b. Une approche basée sur une différence méthodologique 611

c. Une différence à tempérer : la démarche casuistique et concrète du Conseil d'État 613

*B. Des évolutions entraînant une réécriture de la théorie de l'ultra vires : l'*ultra vires *modifiée*.....615

1. Les principes de l'*ultra vires* modifiée : le rattachement fictif à la volonté du Parlement 616

2. Une idée bien présente en jurisprudence.....618

Titre II. La mise en balance, fondement et méthode du rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative.....625

Chapitre I. Le développement du contrôle juridictionnel dans un but de

protection des droits : le renouvellement du rôle des juges 627

Section I. Le renouvellement du fondement du contrôle des juges : l'inscription des recours au sein de l'État de droit et de la *rule of law*.....629

I. La promotion de l'État de droit et de la *rule of law* comme fondement des recours.....629

A. La figure du juge, élément central de la doctrine de l'État de droit 631

1. Un état avant tout de moyens.....632

2. Un état de valeurs du droit.....635

a.. Les valeurs substantielles et procédurales : le contrôle juridictionnel comme composant et vecteur.....636

b. Les valeurs substantielles : le contrôle juridictionnel comme vecteur.....639

3. Un état subjectif de valeurs.....641

4. Le recours pour excès de pouvoir, outil nécessaire et légitime de l'État de droit.....644

B. L'affirmation du fondement de common law *de la* judicial review *: la* rule of law *comme élément de légitimation du contrôle*.....645

1. Un ensemble de valeurs formelles et substantielles à réaliser.....647

a. La double acception de la *rule of law* : un idéal formel et substantiel.....647

b. La distinction avec l'État de droit : un idéal de finalité.....652

2. La j*udicial review*, composante et vecteur de la *rule of law*.....655

3. L'importance constitutionnelle du juge au sein de la *rule of law*.....659

4. L'invocation de la *rule of law* dans les cas difficiles : la confrontation avec la souveraineté du Parlement.....660

II. Le développement d'une nouvelle conception du droit administratif et des recours tournée vers la protection des droits.....665

A. La promotion de la défense des droits des individus au sein du droit administratif.....665

1. La subjectivisation du droit administratif français.....666

2. La théorie anglaise du droit administratif « basé sur les droits ».....671

B. Le nouvel objectif des recours : la protection des droits des individus.....675

1. Une conception nouvelle du recours pour excès de pouvoir conduisant à sa « subjectivisation ».....675

a. La subjectivisation de la détermination de l'intérêt à agir.....678

b. La diversification des pouvoirs du juge.....680
c. L'extension des actes attaquables : l'influence de la Convention européenne quant à la réduction des mesures d'ordre intérieur.....683
d. Le reflux du recours pour excès de pouvoir, illustration de la subjectivisation du droit administratif.....686
2. Une réévaluation de la *judicial review* conduisant à la fonder sur la *common law*.....689
a. La difficile catégorisation des tenants de la *common law*.....690
b. L'appel aux trois vertus de la *common law*.....693
c. *Common law* et ultra vires : opposition ou réconciliation ?.....696

Section II. Le renouvellement de l'objet du contrôle des juges : vers la protection des droits des individus 698

I. La reconnaissance et la garantie jurisprudentielles de nouveaux droits699

A. La jurisprudence, source de droits pour les individus.....699
1. Les principes généraux du droit : la promotion d'une jurisprudence libérale du Conseil d'État.....700
a. Un caractère « fondamental ».....700
b. Des règles non écrites, dégagées par le juge.....704
c. Des principes issus de la tradition juridique : la question du pouvoir normatif du juge. 706
α. Les oppositions sur la question du pouvoir normatif de la jurisprudence.....707
β. Un pouvoir normatif indéniable.....709
γ. Un pouvoir non-arbitraire.....710
2. La *common law* : source de « droits constitutionnels ».....714
a. La *common law*, reflet de la Convention européenne avant 2000.....716
α. L'influence de la Convention européenne sur la common law *en général*.....716
β. L'influence de la Convention européenne sur la judicial review *: l'émergence des « droits constitutionnels*.....718
b. La persistance de la protection des droits par la *common law* après le *Human Rights Act* 721
α. La common law*, première source de droits*.....721
β. La problématique de la reconnaissance des droits en common law *: l'appel au caractère historique et aux valeurs latentes dans la société*.....724
B. La garantie des droits face au législateur et à l'administration par deux méthodes

similaires..... 728
1. Le respect des principes généraux du droit par l'interprétation conforme et l'opposabilité 728
a. L'interprétation conforme de la loi au regard des principes généraux du droit.....729
b. L'obligation pour l'administration de respecter les principes généraux du droit.....733
2. Les outils de garanties des droits de *common law* : le « principe de légalité » et le « contrôle plus poussé »..... 735
a. Le « principe de légalité » : un principe d'interprétation conforme.....736
b. Le « contrôle plus poussé » : l'intensification du contrôle des juges.....742
α. Le « contrôle plus poussé », expression d'une volonté de contrôle accru pour protéger les droits 743
β. Un contrôle incertain développé sous l'influence de la Convention européenne.....744
3. Le rapprochement du juge anglais vers le juge français dans la protection des droits.…748

II. L'utilisation du contrôle de proportionnalité comme outil de protection des droits.....749
A. L'importance centrale du contrôle de proportionnalité dans la protection des droits…750
1. Un outil central dans le droit européen.....751
a. Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de Justice, un outil d'intégration..... 751
b. La proportionnalité et la Cour européenne : un instrument nécessaire dans une société démocratique..... 756
2. Une reconnaissance ancienne du contrôle de proportionnalité en France : l'évaluation du dispositif de l'acte au regard de ses motifs.....759
a. Un contrôle à part entière..... 760
b. Une reconnaissance d'abord implicite..... 762
c. Vers un contrôle explicite de proportionnalité ?..... 763
3. L'introduction en droit anglais d'un contrôle explicite de proportionnalité grâce au *Human Rights Act*.....767
a. L'acceptation explicite d'un contrôle de proportionnalité sous l'effet du *Human Rights Act* 768
b. Un outil de contrôle existant avant le *Human Rights Act*.....770
B. L'importance accrue du contrôle de proportionnalité dans le cadre du recours pour

excès de pouvoir et de la judicial review *: un outil nécessaire à la garantie des droits*….775
1. La protection des droits par le développement du contrôle de proportionnalité.....776
a. Un outil de contrôle en développement.....776
α. Le développement d'un contrôle entier de proportionnalité en France.....777
β. La question de la reconnaissance d'un contrôle général de proportionnalité en common law.....783
b. Un outil de contrôle poussé.....788
α L'influence de la Cour européenne sur l'augmentation de l'intensité du contrôle de proportionnalité en France.....788
β. L'intensification du contrôle en Angleterre : vers la fin de la jurisprudence Wednesbury *?*.....792
2. Le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review*, des outils de protection des droits encore parfois insuffisants au regard de la Convention européenne.....798
a. Le reflux du recours pour excès de pouvoir dans le domaine des sanctions.....798
b. L'insuffisance de la *judicial review* dans le respect des exigences de l'article 6-1 en matière administrative.....800

Chapitre II. Un renouvellement à tempérer : la mise en balance des éléments comme fondement du rôle des juges.....805
Section I. La prise en compte des considérations propres à l'action administrative, illustration de la mise en balance des éléments.....806
I. La nécessité de prendre compte des considérations propres à l'action administrative.....806
A. Une notion à développer : les « nécessités de l'action administrative », élément du recours pour excès de pouvoir.....807
1. Une notion distincte du standard de « bonne administration ».....808
2. Les précisions nécessaires sur l'idée de « nécessités de l'action administrative ».....810
a. Définition de la notion.....810
b. Une prise en compte claire en jurisprudence.....813
α. La prise en compte des circonstances.....813
β. La prise en compte des nécessités de « bon fonctionnement du service ».....816
3. Une prise en compte conforme à l'État de droit.....818

B. Une notion partiellement admise dans la judicial review *: la déférence*.....819
1. La doctrine de la déférence, marque de respect envers l'autorité décisionnaire.....821
a. La double acception de la doctrine de la déférence.....822
b. La nature de la déférence : une doctrine originale inconnue du droit administratif français ?..... 827
2. Une notion trop restreinte pour s'appliquer à tous les éléments de la *judicial review*.....830
a. Les « nécessités de l'action administrative » : une notion englobante plus précise.....831
b. La prise en compte parfois expresse en jurisprudence.....834

II. La mise en balance, fondement révélant le pragmatisme des juges....836
A. La mise en balance, une méthode légitime..... 836
1. Une méthode inhérente au droit administratif.....836
2. Une méthode légitimant le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review*.....840
a. Une réponse à la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir 840
b. Une technique inscrivant parfaitement la *judicial review* dans son contexte constitutionnel..... 843
B. La mise en balance, reflet du pragmatisme des juges..... 846
1. Une méthode permettant la prise en compte du concret : l'argument conséquentialiste..847
2. Une méthode souple et adaptable au contexte de l'affaire reflétant le pragmatisme des juges.....852

Section II. La mise en balance des éléments du litige : des jurisprudences casuistiques et pragmatiques en faveur de l'administration.....857
I. L'adaptation du régime des recours aux nécessités de l'action administrative.....857
A. La limitation de la possibilité d'introduire un recours, garantie contre l'excès de contrôle..... 858
1. Les actes inattaquables, signe d'une volonté de laisser libre l'exécutif.....858
a. La justification des actes de gouvernement en droit français : la volonté du juge de ménager une part de liberté à l'exécutif.....859
b. L'injusticiabilité des actes d'État en droit anglais : la volonté de préserver la liberté du Gouvernement dans les relations internationales.....862

2. La protection de l'administration par le respect des délais des recours.....865
a. La garantie par la modulation des délais au sein du recours pour excès de pouvoir.....865
b. La garantie par l'octroi de la permission et la variation des délais dans le cadre de la *judicial review*.....867
B. La limitation des effets de la reconnaissance de l'illégalité permettant une certaine continuité de l'action administrative.....870
1. L'utilisation de l'annulation partielle et de méthodes de correction de l'illégalité par le juge de l'excès de pouvoir.....870
a. L'annulation partielle : le maintien d'un acte illégal.....871
α. Les diverses techniques d'annulation partielle.....871
β. La prise en compte de la marge d'appréciation de l'administration dans la décision de recourir aux annulations partielles.....873
γ. La prise en compte de la marge d'appréciation de l'administration dans les modalités des annulations partielles.....875
b. Les possibilités ouvertes au juge de corriger l'acte non conforme aux exigences juridiques 878
α. La substitution de motifs.....879
β. La substitution de base légale.....883
γ. La correction des erreurs matérielles.....886
2. La diversité des méthodes reconnues dans le cadre de la *judicial review* : l'attrait pour le pouvoir discrétionnaire dans l'octroi des *remedies*.....888
a. Les limites aux conséquences de la reconnaissance du caractère nul (*void*) d'un acte administratif illégal : un pragmatisme à développer.....889
b. La possibilité d'une invalidation partielle ou d'une correction de l'acte.....894
c. Le pouvoir discrétionnaire des juges dans l'octroi des *remedies*.....897

II. L'adaptation des exigences du droit et du contrôle des juges au regard des nécessités de l'action administrative.....903
A. L'adaptation du droit et de ses exigences : la souplesse introduite dans la légalité.....903
1. La possibilité pour les juges de faire évoluer le droit pour soutenir l'action administrative 904
a. Le recours pour excès de pouvoir, un guide utile pour l'action administrative.....905
b. La reconnaissance en *judicial review* de la possibilité pour l'administration d'adopter des

« lignes directrices » pouvant conduire à des « attentes légitimes » pour l'administré.....910
α. Le développement des attentes légitimes : la conciliation entre pouvoir discrétionnaire et protection des individus.....911
β. Une notion pouvant être utile pour le juge de l'excès de pouvoir.....916
2. Les méthodes pour ne pas constater l'illégalité dans le recours pour excès de pouvoir et la *judicial review*.....918
a. Les méthodes du juge de l'excès de pouvoir permettant de ne pas constater l'illégalité. 918
α. L'inopérance des moyens.....919
β. La neutralisation des motifs.....921
γ. Les formalités non-subtantielles.....924
b. La possibilité pour les juges de *judicial review* de ne pas constater l'illégalité.....929
α. La souplesse dans la prise en compte des considérations non-pertinentes.....930
β. L'absence d'illégalité en cas d'erreurs procédurales non-substantielles.....931
B. L'adaptation de l'intensité dans le cadre du contrôle sur le fond de la décision.....935
1. L'adaptation de l'intensité du recours pour excès de pouvoir : le cas du contrôle de proportionnalité.....936
a. Le contrôle restreint de proportionnalité des déclarations d'utilité publique.....939
α. L'influence de l'importance géographique et politique du projet.....939
β. La difficile évaluation des éléments techniques.....941
γ. Un contrôle de proportionnalité suffisant.....944
b. Un contrôle restreint de proportionnalité dans le domaine économique : le cas des mesures de concentrations.....948
2. Les défis de l'adaptation de l'intensité dans le cadre de la *judicial review*.....953
a. L'adaptation de l'intensité par le jeu de la qualification de la nature de la question : une méthode aujourd'hui insuffisante.....954
α. Le jeu traditionnel de la qualification pragmatique de la question pour décider de l'intensité du contrôle.....954
β. Une méthode appelée à prendre de l'importance : l'admission d'un contrôle déférent des questions de droit.....958
b. La variation de l'intensité : la question du choix entre contrôle du caractère raisonnable et proportionnalité.....963
α. Les relations ambiguës entre les deux outils de contrôle.....963
β. Les cas d'application d'un contrôle de proportionnalité d'intensité faible.....967
γ. Le débat sur l'introduction d'un contrôle de proportionnalité dans le cadre des attentes

légitimes substantielles.....969

3. La variation de l'intensité du contrôle substantiel de l'action administrative, un marqueur important du rôle tenu par les juges.....976

Conclusion générale.....987
Bibliographie générale.....993
Index lexical.....1071
Index jurisprudentiel.....1075
Sommaire.....1111

Yoan SANCHEZ

Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative. Étude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review*

Résumé :

L'existence de mécanismes efficaces de contrôle de l'activité administrative est une problématique commune aux pays européens. Le contrôle des juges y apparaît fondamental. Il est un gage de la soumission de l'administration au droit, *via* le respect du principe de légalité. Le rôle qu'ils jouent ne se limite toutefois pas à cette simple fonction. C'est ce que tend à démontrer une étude comparée globale du recours pour excès de pouvoir français et la *judicial review* anglaise. Alors que chacun de ces deux mécanismes apparaît comme une forme limitée de contrôle de la légalité, ils ont en réalité une portée plus étendue. Sous l'effet du développement des contraintes pesant sur l'action administrative, conséquence de l'enrichissement normatif des ordres juridiques, le rôle des juges s'accroît. La place qu'ils occupent au sein des institutions nationales doit être clairement définie, afin d'en assurer la légitimité.

N'étant plus uniquement les garants de la volonté d'un Parlement de plus en plus contraint, les juges voient les fondements de leur rôle être renouvelés. La liberté dont ils disposent va croissante. Ce mouvement révèle leur double figure : tantôt acteurs du contrôle de légalité, et principal outil de soumission de l'administration à un droit en constant développement, ils sont également un moteur de ce mouvement. Cela leur permet d'en fixer les limites afin de ne pas scléroser l'activité administrative, elle aussi porteuse d'une légitimité propre. L'étude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la *judicial review* permet la mise en lumière de cette dualité : les juges en définissent les différentes facettes et participent ainsi activement à la définition de leur propre rôle.

Mots clés : recours pour excès de pouvoir, *judicial review*, droit public comparé, droit européen, principe de légalité, État de droit, *rule of law*, pragmatisme

The role of judges in the control of administrative activity. Comparative study of r*ecours pour excès de pouvoir* and judicial review

Summary :

The existence of efficient mechanisms of control for administrative activity is a common problem in European countries. Judicial control is of primary importance. It is a guarentee of the respect of law by public authorities, through the principle of legality. But, the role of judges is not only defined by this function. This can be demonstrated by a global comparison of the French *recours pour excès de pouvoir* and the English judicial review. While both mechanisms seem to allow a limited control of legality, the picture is not as simple. Because of the development of the strains on administrative action, due to the normative enrichment of legal orders, the role of the judiciary is extending. The position of judges within national institutions has to be clearly defined, in order to guarantee their legitimacy.

As they can no longer be described as protectors of the will of Parliament, the foundations of their role is reassessed. Their discretionary power is increasing. It reveals their dualiaty: they are active in the control of legality, and as such they are the main instrument of the submission of public authorities to a developing legality, and they are also actors of this movment. As such, they draw limits in order not to ossify administrative activity, which is also legitimate. The comparision between the r*ecours pour excès de pouvoir* and judicial review can reveal this duality : the judges define its various aspects and actively participate to the definition of their own role.

Keywords : *recours pour excès de pouvoir*, judicial review, comparative public law, European law, principle of legality, *État de droit*, rule of law, pragmatism