

Revue générale du droit, 2024.

Le contrôle des actes parlementaires par le Conseil d'Etat : du déni de justice à la confusion jurisprudentielle

Anthony Sfez¹

Citer cette publication : Anthony Sfez, « Le contrôle des actes parlementaires par le Conseil d'Etat : du déni de justice à la confusion jurisprudentielle », Revue générale du droit, 2024.

¹ Docteur en droit public à l'Université Paris Panthéon Assas, qualifié aux fonctions de Maître de conférences, enseignant-chercheur contractuel à l'Université de Reims Champagne Ardennes (URCA).

L'activité la plus importante d'un Parlement est, sur le plan de la production normative, le vote des lois. Mais l'activité normative des chambres d'un Parlement ne se réduit pas à son activité législative. Le fonctionnement quotidien des assemblées implique, en effet, l'adoption de nombreux actes non législatifs. On parle, pour désigner ces actes, d'actes parlementaires. Ces derniers, qui sont indispensables « à la vie des structures administratives des assemblées »², peuvent se définir comme des « mesures prises par une assemblée parlementaire ou par l'un de ses organes internes, en dehors de l'attribution constitutionnelle de vote de la loi »³ ou encore comme « toutes les mesures prises par les organes administratifs des assemblées composant le Parlement »⁴. Ces actes peuvent être en lien avec les deux principales missions constitutionnelles confiées au Parlement, à savoir le contrôle du gouvernement et le vote des lois. Tel est par exemple le cas des sanctions disciplinaires infligées aux parlementaires par le Président de séance, le Bureau ou l'Assemblée elle-même. De telles sanctions « sont nécessairement indissociables des missions constitutionnelles du Parlement dans la mesure où elles visent à assurer le bon déroulement des débats et la dignité de l'institution »⁵. Mais les actes parlementaires peuvent aussi ne pas se rattacher aux missions constitutionnelles des chambres et peuvent, dès lors, être considérés comme administratifs sur le plan matériel. Tel est par exemple le cas des actes internes au Parlement relatifs à la gestion du personnel administratif des assemblées, ou encore des décisions tournées vers l'extérieur, telles que la conclusion, par l'une des assemblées, de marchés publics de fournitures ou de services avec un opérateur économique. Ces derniers actes, qui sont sans lien aucun avec les fonctions constitutionnelles des assemblées, ont la particularité d'être, sur le plan matériel, purement administratifs, car ils sont détachables des fonctions constitutionnelles du

² H. Desclodures, H. Desclodures, *Le droit administratif des assemblées parlementaires*, Thèse Lille II, 2000, p. 326.

³ O. Renaudie, « Permettre au Parlement de saisir le juge administratif ? Une mise en perspective », *Revue générale du droit* en ligne, 2020, numéro 53074 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=53074).

⁴ P. Avril, J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit parlementaire*, LGDJ, Domat droit public, 5^e éd., 2014, p. 200.

⁵ M. Guerrini, « Le contrôle des sanctions disciplinaires infligées aux membres des assemblées parlementaires », *RFDA* 2016, p. 352.

Parlement, tout en ayant été adoptés par un organe éminemment politique, c'est-à-dire une entité émanant de l'une des deux chambres du Parlement (son président, une de ses commissions, son bureau etc.).

Compte tenu de la nature éminemment politique des organes à l'origine des actes parlementaires matériellement administratifs, la question de leur justiciabilité a pu se poser. Sous la Troisième et la Quatrième République, la réponse à la question de savoir si les actes parlementaires matériellement administratifs étaient justiciables avait le mérite de la simplicité et de la clarté : les actes parlementaires étaient alors, indépendamment de leur contenu matériel et de leur détachabilité au regard des missions constitutionnelles du Parlement, insusceptibles de recours, et ce en application de la théorie des actes parlementaires qui était « *le pendant, pour les assemblées, de la théorie des actes de gouvernement* »⁶. Les actes parlementaires ont, ainsi, en vertu de cette théorie, initialement bénéficié d'une immunité juridictionnelle totale, et ce indépendamment du critère matériel, c'est-à-dire de leur contenu. C'était, pour le dire autrement, le critère organique, celui tenant à l'auteur de l'acte, qui prédominait, entraînant une totale injusticiabilité de l'ensemble des actes parlementaires (I). L'entrée en vigueur de la Constitution de la Cinquième République est venue bousculer cet état du droit. La toute-puissance du critère organique a progressivement été remise en cause, d'abord, par le législateur, ensuite, par le juge administratif (II). Doit-on pour autant conclure à la mort du critère organique au profit de l'émergence d'une nouvelle cohérence articulée autour du critère matériel ? Autrement dit, peut-on dire qu'il se dégage désormais un régime contentieux distinguant, d'un côté, « *les actes pris dans le cadre de l'exercice des fonctions parlementaires* » et, de l'autre, les « *actes de pure gestion* », les premiers étant par nature injusticiables, au contraire des seconds ?⁷ Rien n'est moins certain. S'il ne fait aucun doute que le critère organique a perdu de sa superbe, il apparaît néanmoins difficile de dégager une quelconque nouvelle cohérence articulée autour du critère matériel

⁶ P. Bachschmidt, « Incompétence du juge administratif pour connaître d'une sanction disciplinaire infligée à un parlementaire », *Constitutions*, 2016, p. 400.

⁷ P. Türk, *Les commissions parlementaires permanentes et le renouveau du Parlement sous la Ve République*, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2005.

dans la jurisprudence contemporaine, tant celle-ci apparaît confuse et contradictoire (III).

I. La toute-puissance du critère organique sous la Troisième et la Quatrième République

La théorie des actes parlementaires, c'est-à-dire le principe de l'incompétence du juge administratif pour connaître de l'ensemble des actes parlementaires indépendamment de leur contenu matériel, résulte d'une jurisprudence classique (A). La raison d'être de cette jurisprudence ancienne est intimement liée aux fondements constitutionnels des régimes de la Troisième et de la Quatrième République. Ces derniers reposaient sur le principe de la souveraineté pleine et entière du Parlement. Bien que fortement implantée dans l'ADN de ces deux régimes constitutionnels, la théorie des actes parlementaires n'a pas manqué d'entraîner de vives critiques, non seulement doctrinales mais aussi au sein même du Conseil d'Etat, préparant, ainsi, la remise en cause de cette théorie sous la Cinquième République (B).

A. La jurisprudence classique du Conseil d'Etat en matière d'actes parlementaires

Le principe de l'injusticiabilité des actes parlementaires a été affirmé pour la première fois par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Carrey de Bellemare* du 5 novembre 1872⁸, lequel arrêt a pu être qualifié « *d'arrêt de principe* »⁹. La Haute juridiction administrative a jugé, dans cette affaire, qu'une décision d'une commission de la chambre des députés faisant descendre en grade un militaire, donc une décision de nature administrative détachable des fonctions constitutionnelles du Parlement, n'est pas susceptible d'être attaquée devant le juge administratif. L'arrêt *Valentin*¹⁰, rendu le 2 juillet 1880, a, en se fondant sur l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, lequel ouvrait

⁸ CE, 15 nov. 1872, *Carrey de Bellamare*, Lebon p. 590, conclusions Perret.

⁹ F. Raynaud, P. Fombeur, « Régime des actes parlementaires et notion d'acte de gouvernement », AJDA 1999, p. 409.

¹⁰ CE, 2 juill. 1880, *Valentin*, Lebon p. 619.

le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des « *actes des diverses autorités administratives* », confirmé que « *ni les Assemblées, ni les commissions formées en leur sein ne sont des autorités administratives* », de sorte que les actes pris par ces organes bénéficiaient d'une totale immunité juridictionnelle et ne pouvaient, dès lors, pas être contestés devant le juge administratif, pas même de façon incidente. Le Conseil d'Etat réitéra ce principe dans l'arrêt *Merley*¹¹ du 24 novembre 1882, qui portait sur un recours contre un refus d'accéder à la tribune du public opposé par un président de chambre à un journaliste, ainsi que dans l'arrêt *Dame Coursaget*¹², du 6 juillet 1928, relatif à des décisions prises par le bureau des chambres portant sur le statut du personnel des services des assemblées. La jurisprudence de principe *Carrey de Bellemare* n'allait connaître, sous la Troisième république, qu'une seule et unique exception, posée dans l'arrêt *Héritiers de Joly*, rendu le 3 février 1899¹³. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a accepté de se prononcer au fond sur les litiges survenus entre un particulier et les services des assemblées en matière contractuelle. L'exception a été confirmée en 1921, avec l'arrêt *Buquet*¹⁴, mais pas seulement. En effet cette exception a été étendue en matière de responsabilité quasi-délictuelle avec l'arrêt *Ronsin* rendu en 1934¹⁵. C'est ainsi dessiné, sous Troisième République, une exception – dont on verra qu'elle sera éphémère (voir *infra*) – à la théorie des actes parlementaires en matière de plein contentieux. Il faut toutefois souligner qu'aucune des trois décisions citées n'a donné, au fond, satisfaction aux requérant.

Sous la Quatrième république, le Conseil d'Etat a confirmé le principe de l'immunité des actes parlementaires dans de nombreux arrêts. Il a ainsi jugé, dans l'arrêt *Vouters*¹⁶ du 26 mai 1950, qu'il ne peut connaître d'une décision prise par le Bureau d'une assemblée de refus d'admission à concourir en vue du recrutement d'administrateurs des assemblées, car une telle décision n'émanait pas d'une « *autorité administrative* ». Le juge administratif ne peut pas non plus connaître, pour les mêmes raisons, des

¹¹ CE, 24 novembre 1882, *Merley*, Lebon p. 933.

¹² CE, 6 juillet, n°98666, *Dame Coursaget*, Lebon p. 868.

¹³ CE, 3 févr. 1899, n° 87801, *Héritiers de Joly*, Lebon p. 83.

¹⁴ CE, 19 janv. 1921, nos 57186 et 57722, *Chambre des députés et Buquet*, Lebon p. 62.

¹⁵ CE, sect., 31 janv. 1934, n°5513, *Sieur Ronsin*, Lebon p. 137.

¹⁶ CE, sect., 26 mai 1950, n° 2562, *Vouters*, Lebon p. 376.

décisions concernant la cessation de fonctions d'un membre du personnel des assemblées, solution posée dans l'arrêt *Vuillemey*¹⁷ du 26 mai 1950. Dans l'arrêt *Girard*¹⁸, du 31 mai 1957, le Conseil d'Etat décline aussi sa compétence pour connaître d'une décision du Bureau d'une assemblée de refus de réintégration d'un employé, car une telle décision « *émane d'une autorité législative* ». Avec l'arrêt *Buyat*¹⁹, rendu le 18 février 1955, où il était question d'une décision relative à l'attribution par une assemblée d'une allocation de retraite à un parlementaire, le Conseil d'Etat a confirmé son incompétence en l'appliquant aux actes touchants au statut des parlementaires. Toujours sous la Quatrième république, le Conseil d'Etat est revenu sur la jurisprudence *Héritiers de Joly* précitée laquelle n'avait pas appliqué la théorie des actes parlementaire au plein contentieux. En effet, dans l'arrêt *Compagnie d'assurances générales*²⁰, rendu le 15 décembre 1952, les juges du Palais Royal, saisis pour connaître d'un recours en responsabilité tendant à la réparation des dommages causés par un véhicule affecté aux services de l'une des assemblées, ont jugé la requête irrecevable, au motif « *que le recours dirigé par la compagnie contre la décision prise par le bureau de l'Assemblée, qui n'est pas une autorité administrative, échappe à la compétence du Conseil d'Etat* ». Cette solution fut confirmée par l'arrêt *Lam*²¹, du 11 février 1957, où il était de nouveau question d'un accident provoqué par un véhicule appartenant à une assemblée. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a jugé qu'il était incompétent, car « *la décision attaquée prise par le Président et les questeurs du Conseil de la République n'émane pas d'une autorité administrative* ». La prégnance du critère organique était ainsi affirmée et le régime du plein contentieux finalement aligné sur celui du recours pour excès de pouvoir. En somme, on le voit, la théorie des actes parlementaires fut posée et affirmée avec force par le Conseil d'Etat tout au long de la Troisième puis de la Quatrième République.

¹⁷ CE, 17 octobre 1950, *Vuillemey*, Lebon p. 560.

¹⁸ CE, Ass. plén., 31 mai 1957, *Girard*, Lebon 360, conclusions Guldner.

¹⁹ CE, 18 février 1955, 81048, *Buyat*, Lebon p. 755.

²⁰ CE, 15 décembre 1952, *Compagnie générale d'assurances, accidents, vols maritimes, risques divers, réassurances*, Lebon p. 580.

²¹ CE, 11 février 1957, *Lam* ; *AJDA* 1957. II. 106, note Pinto ; *Rev. adm.* 1957. 137, note Moreau.

Bien que généralement acceptée par la doctrine de ces deux régimes, en raison la déférence due à l'organe législatif, cette injusticiabilité des actes parlementaires a pu faire l'objet de certaines critiques.

B. Les critiques par la doctrine de cette jurisprudence classique

On notera d'emblée que rares furent les auteurs à remettre en cause le principe de l'injusticiabilité des actes parlementaires sous la Troisième et la Quatrième République. Au contraire, la majorité de la doctrine adhéraît alors à la théorie des actes parlementaires et la défendait en s'appuyant sur deux principaux arguments. Le premier argument mis en avant par la doctrine de l'époque pour justifier l'injusticiabilité des actes parlementaires était que ces actes n'émanaient pas d'une « *autorité administrative* ». Le juge administratif étant avant tout le juge de l'exécutif et non du Parlement, il ne devait pas pouvoir connaître d'un acte parlementaire. On peut citer à cet égard Edouard Laferrière selon lequel « *l'autorité parlementaire, même quand elle fait des actes d'administration, n'est pas au nombre des corps administratifs, des diverses autorités administratives dont le Conseil d'Etat peut annuler les actes pour excès de pouvoir en vertu des lois des 7-14 octobre 1790 et du 24 mai 1872* »²² ou encore Maurice Hauriou pour qui « *le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre une décision administrative exécutoire et susceptible de faire grief, prise par une autorité contenue dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative* »²³. Le second argument tenait à l'indépendance du Parlement. En ce sens, selon Eugène Pierre, l'injusticiabilité des actes parlementaires se justifiait par le fait que les assemblées « *doivent absolument être maîtresses chez elles* »²⁴. On trouve encore une illustration de cet argument chez Maurice Hauriou qui notait que l'absence de recours contentieux contre les actes parlementaires « *tient aux prérogatives constitutionnelles de l'organe législatif, c'est une des garanties de son indépendance* »²⁵, ou encore chez Marcel Prélôt : « *il est parfaitement logique que l'autonomie totale soit reconnue aux assemblées : du point de vue du droit*

²² E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1888, tome II, p. 17.

²³ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 11^e éd. 1927, p. 390.

²⁴ E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 2^e éd., 1902, Loysel, n^o 1182.

²⁵ M. Hauriou, Note sur CE, 3 février 1899, *Joly*, S. 1899, III, p. 121.

parlementaire [...] il suffit simplement de recourir au principe que l'assemblée, souveraine dans l'État est d'abord souveraine en ce qui la concerne»²⁶.

Bien que minoritaires, certains auteurs vont toutefois très tôt porter un regard critique sur l'injusticiabilité des actes parlementaires. Le principal reproche était que cette immunité juridictionnelle avait pour conséquence de priver les administrés de tout accès au juge dans des contentieux pourtant sans lien aucun avec les fonctions constitutionnelles du Parlement. Gaston Jèze écrivait en ce sens que l'immunité des actes parlementaires « *vient blesser parfois les sentiments de justice sans nécessité aucune* »²⁷. Paul Duez appelait, quant à lui, à « *lever l'obstacle* » de l'injusticiabilité en définissant « *la matière administrative et les autorités administratives à l'aide d'un critère matériel substitué au critère purement formel en s'attachant à la nature des actes accomplis* »²⁸. De façon encore plus explicite, Jean-Louis Quermonne soutenait, dans un commentaire de l'arrêt *Vouters* précité, que « *le refus du Conseil d'Etat de statuer sur la légalité de la décision attaquée dans la présente espèce semblera consacrer, dans ses conséquences, un véritable déni de justice* »²⁹. On peut également citer Jacques Moreau qui, à propos de l'arrêt *Lam*, estimait que « *cette décision pour traditionnelle qu'elle soit, n'en confine pas moins au déni de justice (...)* »³⁰. Au sein même du Conseil d'Etat, certaines voix dissonantes se firent entendre. On rappellera ainsi que l'arrêt *Carrey de Bellemare*, à l'origine de la théorie des actes parlementaires, a été rendu sur conclusions contraires du commissaire du gouvernement Perret. En effet, ce dernier entendait, pour ce qui concerne les actes parlementaires, donner une plus grande importance au critère matériel, en s'attachant moins à l'auteur de l'acte qu'à son contenu. Il écrivait : « *si dans l'acte attaqué nous reconnaissons les caractères d'un acte administratif, nous n'hésiterons pas à vous proposer de recevoir et d'examiner le recours* »³¹. On peut également citer le commissaire du Gouvernement Guldner qui, dans ses conclusions sur

²⁶ M. Prélôt, « Les finances des chambres françaises », *Politique*, n° 21, p. 179.

²⁷ Cité par L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, 1964, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, p. 84.

²⁸ P. Duez, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Dalloz, 2^e éd., 1938, p. 193.

²⁹ Cité par L. Favoreu, *op. cit.*, p. 98.

³⁰ *Ibid.*

³¹ M. Perret conclusions sur CE, 15 novembre 1872, *op. cit.*

l'arrêt *Girard* de 1957, plaidait en faveur d'une extension de la compétence du Conseil d'Etat aux « *litiges relatifs à la situation individuelle des agents non élus des services administratifs des assemblées et sur les réclamations pécuniaires formées contre l'Etat en raison des dommages causés par les services des assemblées* »³².

L'application stricte de la conception française de la séparation des pouvoirs – conception fondamentalement « anti-juge »³³ – et l'affirmation de la pleine et entière souveraineté de l'organe législatif, principes cardinaux de notre tradition constitutionnelle issue de la révolution de 1789, expliquent tout deux le rejet traditionnel par le juge administratif de sa compétence pour connaître des actes parlementaires, fussent-ils purement administratifs et détachables des fonctions constitutionnelles du Parlement. Comme a pu l'écrire en ce sens Louis Favoreu « *le dogme de la souveraineté du Parlement faisait obstacle au contrôle par le juge judiciaire et administratifs, des activités quelles qu'elles soient du Parlement* »³⁴. Cet état du droit apparaissait difficilement justifiable, car il entraînait une « *dérogation importante au principe de l'État de droit selon lequel les actes juridiques peuvent donner lieu à un contrôle juridictionnel* »³⁵. Pour que le contrôle des actes parlementaires puisse être acceptable et accepté, il fallait rompre avec la tradition légicentriste issue de la Révolution de 1789. Ce sera chose faite avec la Constitution de la Cinquième République.

II. La remise en cause progressive du critère organique sous la Cinquième République

La remise en cause du principe de l'injusticiabilité des actes parlementaires de nature purement administrative se fit en deux temps. Elle résulte en effet d'une double intervention. C'est, en premier lieu, le législateur qui est intervenu pour mettre fin aux situations les plus choquantes mais de façon

³² Guldner, conclusions sur CE, 31 mai 1957, *Girard, op.cit.*

³³ A. Roblot-Troizier, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, vol. 143, no. 4, 2012, p. 93.

³⁴ L. Favoreu, *Du dénis de justice en droit public français, op.cit.*, p. 37.

³⁵ J.-M. Auby, « Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958 », *AJDA* 1959, p. 101.

limitée (A). C'est, en second lieu, le juge administratif qui a franchi le pas mais de manière ambigu (B).

A. L'intervention limitée du législateur

La première entaille à l'édifice construit par le Conseil d'Etat est intervenue peu après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958. Cette dernière marque la fin de l'ère du légicentrisme triomphant en instaurant, dans le texte constitutionnel, de nombreux mécanismes de rationalisation du parlementarisme. Ce changement de paradigme ne manquera pas d'avoir un impact sur le régime contentieux des actes parlementaires. On doit cette première brèche à l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958³⁶. Il introduit deux évolutions majeures. D'une part, cet article prévoit que la responsabilité de l'État peut être engagée en raison des dommages de toutes natures causés par les services des assemblées. D'autre part, il confie au juge administratif la compétence pour connaître des litiges d'ordre individuel concernant les agents titulaires des services parlementaires. Le juge administratif était donc désormais compétent pour connaître de deux types de contentieux en lien avec des actes matériellement administratifs et détachables des fonctions constitutionnelles des assemblées : les litiges relatifs aux agents des services des assemblées et le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle des assemblées, litiges de loin les plus fréquents en pratique. L'évolution introduite était d'autant plus importante que le Conseil d'Etat allait faire l'« *interprétation la plus large possible* »³⁷ de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958. Il allait en effet exploiter au maximum les potentialités de cet article en jugeant qu'il était compétent pour connaître d'un contentieux entre une chambre et un stagiaire, et ce alors même que l'ordonnance lui attribue la compétence pour connaître des litiges des assemblées avec les « *agents titulaires* »³⁸. Il parvint à la même conclusion au sujet d'un litige entre une assemblée et un candidat au

³⁶ Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des Assemblées parlementaires, J.O. du 18 novembre 1958, p. 10335.

³⁷ M. Braud, « Le juge administratif et la fonction publique parlementaire », *AJFP* 2010, p. 128.

³⁸ CE, Ass., 12 janv. 1968, *Dlle Barbier*, Lebon p. 39.

concours d'entrée aux fonctions d'agent titulaire³⁹. Le Conseil d'Etat est même allé jusqu'à juger qu'il pouvait connaître, à l'occasion d'un litige individuel, de la légalité des règlements des Assemblées par la voie de l'exception d'illégalité⁴⁰. On peut ainsi voir dans l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 et dans la jurisprudence du Conseil d'Etat qui va interpréter cet article de façon extensive une forme de consécration – bien que partielle – du critère matériel appliqué au régime des actes parlementaires.

Mais la révolution n'était pas encore totale, loin s'en faut. L'immunité demeurait en principe maintenue pour tous les actes parlementaires autres que ceux mentionnés dans l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958, même lorsqu'étaient en cause des actes matériellement administratifs. En effet, comme a pu l'écrire Georges Vedel, « *il a fallu une loi organique pour déroger à ce point au principe général* »⁴¹ de l'injusticiabilité des actes parlementaires, ce qui revenait à dire, qu'en dehors des cas prévus dans l'ordonnance, l'immunité juridictionnelle était maintenue indépendamment de la nature de l'acte. Certains auteurs ont même pu estimer que l'article 8 de l'ordonnance avait, par la négative, consacrer législativement l'immunité de tous les actes parlementaires non prévus par elle. Telle est l'analyse du professeur Auby : « *la loi a donné à la théorie des actes parlementaires une consécration législative indirecte, en indiquant les limites de cette théorie* »⁴². Selon cette interprétation, l'interdiction de principe faite au juge administratif de connaître des actes parlementaires ne résultait désormais plus seulement de sa jurisprudence mais de la loi elle-même. La jurisprudence allait confirmer que, par principe, les actes parlementaires autres que ceux prévus à l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 demeuraient insusceptibles de recours, et ce même si leur contenu était purement administratif. Le Conseil d'Etat refusa ainsi de connaître de litiges relatifs à l'attribution de secours à d'anciens députés se trouvant sans emploi⁴³. La Haute juridiction administrative parvint à une conclusion

³⁹ CE, 4 nov. 1987, *Président de l'Assemblée nationale c/ M^{me} Cazès*, Lebon, p. 343.

⁴⁰ CE, 19 janv. 1996, *Escriva*, Lebon p. 10.

⁴¹ Cité par C. Bergeal, voir conclusions sur CE, Assemblée, 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*.

⁴² *Ibid.*

⁴³ CE, 29 déc. 1995, *Sabaty*, Lebon, p. 610.

identique au sujet d'un recours direct contre des règlements des Assemblées : l'illégalité d'un tel règlement ne pouvait être soulevée que par voie d'exception⁴⁴.

Comme l'a résumé Xavier Barella, l'adoption de l'ordonnance du 17 novembre 1958 « *même si elle ouvre des possibilités de recours devant le juge, ne permettait pas de mettre un terme à l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires. Au contraire, elle était seulement perçue comme une exception permettant de remédier à l'existence d'un véritable déni de justice tout en garantissant l'autonomie fonctionnelle des assemblées* »⁴⁵. Le législateur étant par nature peu enclin à procéder de lui-même à l'extension de la compétence du juge pour connaître de son activité, la révolution ne pouvait être totale qu'en raison d'une initiative du juge administratif.

B. L'initiative ambiguë du juge administratif

Plusieurs éléments plaidaient dans le sens d'une extension de la compétence du juge administratif pour connaître d'actes matériellement administratifs au-delà des cas de figure prévus à l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958. D'abord, dans d'autres domaines que les actes parlementaires, le Conseil d'Etat n'avait pas hésité à reléguer au second plan le critère organique comme critère déterminant de l'identification de l'acte administratif. Nombreux sont en effet les cas de figure où il s'est reconnu compétent pour connaître d'actes n'émanant pas « *d'autorités administratives* », tels que des actes pris par des personnes privées chargées d'une mission de service public⁴⁶, par des ordres professionnels⁴⁷, ou encore par le Conseil supérieur de la magistrature⁴⁸. Bref, « *la compétence de la juridiction administrative, telle qu'elle a été façonnée par des décennies de jurisprudence, s'attache non pas à la qualité de l'organe qui est en cause, mais aussi à la nature de l'activité et à la nature de l'acte attaqué* »⁴⁹. Ensuite, il n'y avait pas

⁴⁴ CE, 19 janv. 1996, *Escriva*, *op. cit.*

⁴⁵ X. Barella, « L'autonomie des assemblées parlementaires », *RDP*, 2013, p. 843.

⁴⁶ CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et Protection »*, Lebon, p. 417 ; CE, 31 juill. 1942, *Monpeurt*, Lebon p. 239.

⁴⁷ CE, Ass., 2 avr. 1943, *Bouguen*, Lebon p. 86.

⁴⁸ CE, Ass., 17 avr. 1953, *Falco et Vidailiac*, Lebon p. 175.

⁴⁹ G. Goulard, conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 25 octobre 2002, *Brouant*.

de véritable raison de ne pas appliquer ce raisonnement aux actes parlementaires, dans la mesure où il était devenu évident que la remise en cause de la souveraineté parlementaire n'avait pas été une simple parenthèse, imposée par la nécessité de résoudre la crise coloniale, mais qu'il s'agissait d'une nouvelle donnée structurelle du droit public français laquelle s'était exprimée dans de nombreuses jurisprudences, dont la plus significative étant, bien entendu, l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989⁵⁰. Dans la mesure où le Conseil d'Etat accepte, depuis cet arrêt, d'écarter une loi contraire à un traité international, il devenait difficile d'expliquer, comme l'exprimait le professeur Auby, que des « *décisions parlementaires portant sur les questions les plus infimes bénéficient d'une immunité de juridiction plus large que celle qui s'applique à la loi elle-même* »⁵¹. Comment expliquer en effet qu'un acte parlementaire purement administratif « *bénéficie ainsi d'une immunité bien supérieure à celle de la manifestation par essence du pouvoir des représentants de la Nation* »⁵² ? Enfin, à ces éléments militant en faveur de l'abandon de la théorie des actes parlementaires, à tout le moins pour les actes matériellement administratifs adoptés par les chambres, s'ajoutait l'argument selon lequel l'immunité des actes parlementaires découlant de cette théorie apparaissait fort peu compatible avec le droit au recours, consacré par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et qualifié de principe à valeur constitutionnelle tant par le Conseil d'Etat⁵³ que par le Conseil constitutionnel⁵⁴.

La rupture est finalement intervenue avec l'arrêt *Président de l'Assemblée nationale* rendu le 5 mars 1999⁵⁵. En l'espèce, un candidat évincé avait engagé un recours contre un marché public attribué par l'Assemblée nationale. Le Tribunal avait retenu sa compétence en rattachant ce

⁵⁰ CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, Lebon, p. 190, conclusions P. Frydman.

⁵¹ J.-M. Auby, « Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958 », *AJDA* 1959. 101.

⁵² K. Weidenfeld, « Quel recours pour un député sanctionné ? », *AJDA*, 2015, p.1692.

⁵³ CE, Sect., 22 avril 2005, M. M. req. n° 257406, I, 2005 ; CE, 17 décembre 2003, Meyet et autres, *AJDA*, 2004, p. 712, note J.-P. Markus.

⁵⁴ CC, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993 ; décis. n° 93-335 DC du 21 janvier 1994.

⁵⁵ CE, 5 mars 1999, n° 163328, *Président de l'Assemblée nationale*, Lebon p. 42, concl. C. Bergeal ; *AJDA* 1999. 460 ; *ibid.* 409, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; D. 1999. 627, note P. Brunet ; *RDI* 1999. 230, obs. F. Llorens ; *ibid.* 231, obs. F. Llorens ; *ibid.* 235, obs. F. Llorens ; *ibid.* 236, obs. F. Llorens ; *ibid.* 248, obs. F. Llorens ; *RFDA* 1999. 333, concl. C. Bergeal ; *GAJA*, 19^e éd., n° 100.

contentieux à l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958. Or, l'ordonnance, si elle avait permis au juge administratif de se prononcer en matière quasi-délictuelle, ne lui avait pas donné la compétence pour connaître d'un recours en matière contractuelle. On pouvait, dès lors, s'attendre à ce que le Conseil d'Etat ne suive pas le Tribunal. Mais la Haute juridiction administrative allait tout de même retenir sa compétence : « *les marchés conclus par les assemblées parlementaires en vue de la réalisation de travaux publics ont le caractère de contrats administratifs ; que, dès lors, et sans qu'y fassent obstacle les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 susvisée, il appartient à la juridiction administrative de connaître des contestations relatives aux décisions par lesquelles les services de ces assemblées procèdent au nom de l'Etat à leur passation* ». Il ressort de cette motivation que, plutôt que de rattacher sa compétence à l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958, comme l'avait fait le Tribunal administratif, le Conseil d'Etat affirmait, et ce pour la première fois, qu'il pouvait connaître d'un contentieux non prévu dans l'ordonnance. Ceci revenait à dire que l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 n'était pas, contrairement à l'interprétation qu'en avait fait le professeur Auby, limitative et « *ne faisait pas obstacle à l'inclusion d'autres matières dans la sphère contrôlée par le juge administratif* »⁵⁶. Autrement dit, « *le Conseil s'extrait donc de la compétence d'attribution qu'il tient de l'ordonnance de 1958 pour connaître des actes parlementaires. Il ajoute aux deux types de litiges celui relatif aux marchés publics* »⁵⁷.

Restait à déterminer la portée de cette jurisprudence. Une première interprétation consistait à ne voir dans cet arrêt qu'une exception très limitée concernant uniquement les marchés publics. Le Conseil d'Etat aurait, dans l'arrêt *Président de l'Assemblée nationale*, uniquement voulu mettre en conformité sa jurisprudence avec le droit de l'Union européenne, lequel impose de prévoir, au bénéfice des candidats évincés, un recours contre les marchés publics attribués par des pouvoirs adjudicateurs, laquelle notion, selon la Cour de justice de l'UE, « *recouvre nécessairement tous les organes qui exercent les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire* »⁵⁸. Telle était notamment

⁵⁶ M. Le Corre, conclusions sur CE, 10 juillet 2020, *Société Paris Tennis*.

⁵⁷ X. Barella, « L'autonomie des assemblées parlementaires », *RDP*, *op. cit.*

⁵⁸ CJCE, 17 sept. 1998, aff. C-323/96, *Commission c/ Belgique*.

l'interprétation de Renaud Denoix de Saint Marc, président de la formation d'assemblée du Conseil d'Etat à l'origine de la décision *Président de l'Assemblée nationale*, selon lequel la solution n'avait pas vocation à s'étendre et devait demeurer cantonnée au cas des marchés⁵⁹. C'est également l'interprétation de Christine Maugué : « *cette décision ne saurait être comprise comme révélant l'abandon de ce principe d'immunité juridictionnelle à l'égard de tous les actes non législatifs émanant des assemblées et de leurs services. Bien au contraire la motivation de l'arrêt, très circonstanciée, montre que le Conseil d'Etat n'a entendu affirmer sa compétence que pour connaître de la légalité des contrats administratifs et des actes de passation des marchés publics* »⁶⁰. La seconde interprétation, plus ambitieuse, consistait à voir dans cet arrêt une jurisprudence de principe s'étendant à tous les actes matériellement administratifs adoptés par les chambres. Une telle interprétation ne se déduisait pas de la lecture de l'arrêt qui ne comporte pas « *de considérant de principe visant à remettre en cause l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires* »⁶¹. Une telle lecture ressortait, en revanche, nettement des conclusions de la Commissaire du gouvernement, Catherine Bergeal, laquelle appelait à enterrer définitivement la théorie des actes parlementaires. Elle écrivait : « *il n'y a plus de justification, ni théorique, ni historique, au maintien pour les seuls actes émanant d'une autorité parlementaire d'un critère organique (...)* ». Il faut désormais admettre que « *des actes relatifs à l'organisation administrative des services parlementaires, sont des actes administratifs, quel qu'en soit l'auteur, et que vous êtes, par suite, compétent pour connaître* »⁶². La Commissaire du gouvernement précisait toutefois aux autres membres du Conseil d'Etat qu'il « *n'est pas question de vous immiscer dans l'exercice des pouvoirs attribués par la Constitution au Parlement, que ce soit la fonction législative ou la fonction de contrôle de l'exécutif (...)* »⁶³.

Ainsi, de ce point de vue, il y aurait désormais, d'un côté, les actes matériellement administratifs, c'est-à-dire détachables ou dissociables des

⁵⁹ « Le Conseil d'Etat et les actes parlementaires », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, pp. 277-278.

⁶⁰ C. Maugué, conclusions sur CE, 30 mars 2001, *Association du Vajra Triomphant*.

⁶¹ X. Barella, « L'autonomie des assemblées parlementaires », *RDP*, *op. cit.*

⁶² C. Bergeal, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, *RFDA* 1999 p. 333.

⁶³ *Ibid.*

fonctions parlementaires, susceptibles de recours, et, de l'autre, les actes pris par le Parlement dans le cadre des pouvoirs qui lui sont attribués par la Constitution, lesquels seraient alors insusceptibles de recours. Autrement dit, le critère fondamental serait celui de la détachabilité ou de la dissociabilité de l'acte au regard des missions constitutionnelles du Parlement. Cette ligne de démarcation, outre qu'elle a le mérite de la cohérence théorique, a, aussi, l'avantage d'engager le Conseil d'Etat sur un sentier déjà bien balisé : celui ouvert par la jurisprudence *Préfet de la Guyane* du 27 novembre 1952⁶⁴. Depuis cet arrêt, le Conseil d'Etat distingue, en effet, entre les actes relatifs à l'exercice de la fonction juridictionnelle judiciaire – qui ne relèvent pas de sa compétence – des actes purement administratifs relatifs à l'organisation du service public de la justice, donc détachables de l'exercice de la fonction juridictionnelle, ce derniers étant susceptibles de recours. C'est également le critère de la détachabilité qui est utilisé par le Conseil d'Etat en matière d'actes de gouvernement dans l'arrêt *Colonie royale de Hong Kong* rendu le 15 octobre 1993 à l'occasion duquel le Conseil d'Etat juge qu'une décision rejetant une demande d'extradition est « détachable » de la conduite des relations diplomatiques de la France avec l'Etat dont émane cette demande, de sorte que la juridiction administrative est compétente pour connaître d'une requête tendant à l'annulation d'une telle décision⁶⁵. Est-ce encore ce même critère de la détachabilité ou de la dissociabilité de l'acte qu'il conviendrait désormais d'appliquer systématiquement aux actes du Parlement pour déterminer s'ils sont justiciables devant la juridiction administrative ? Peut-on dire avec René Chapus que l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires est à présent « vouée à être restreinte à ceux de ces actes qui ne sont pas détachables de la procédure parlementaire et de l'accomplissement par les assemblées de leurs fonctions en matière de législation et de contrôle du gouvernement »⁶⁶ ? On peut en douter.

⁶⁴ T. confl., 27 nov. 1952, *Préfet de la Guyane*, Lebon p. 642.

⁶⁵ CE, Ass., 15 oct. 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord-Gouverneur de la colonie royale de Hong – Kong*, JCP G 1993, IV, n° 2843, obs. Rouault ; D. 1993, inf. rap. p. 239, concl. Vigouroux ; RFD A 1993, p. 1179 ; Rec. CE 1993, p. 267, concl. Vigouroux.

⁶⁶ R. Chapus, *Droit administratif général*, 14^e éd., n° 1165.

III. Les suites de l'arrêt *Président de l'Assemblée nationale* : une jurisprudence contradictoire

Après l'adoption de la décision *Président de l'Assemblée nationale*, nombreux furent les auteurs qui ont estimé que l'on pouvait « *considérer qu'il existe désormais deux catégories d'actes parlementaires : ceux qui sont pris dans le cadre des missions attribuées au Parlement par la Constitution ou la loi et ceux qui ont un contenu administratif pris par les services administratifs des assemblées et qui entrent dans la compétence naturelle du juge ordinaire* »⁶⁷. Il est ainsi communément admis qu'« *à l'heure actuelle, le point essentiel pour établir la compétence du juge administratif pour connaître des actes parlementaires en général réside dans la question de savoir si l'acte édicté par l'administration parlementaire est ou non lié aux missions constitutionnelles du Parlement* »⁶⁸. On peine à vrai dire à trouver une telle systématique dans la jurisprudence qui suivra l'arrêt *Président de l'Assemblée nationale*. Si, dans certains arrêts, le Conseil d'Etat n'hésite pas à faire sien le critère de la non-détachabilité ou de la non-dissociabilité de l'acte au regard des missions constitutionnelles du Parlement pour rejeter ou retenir sa compétence (A), dans d'autres, il ignore ce critère n'hésitant pas, tantôt à décliner sa compétence pour connaître d'un acte pourtant détachable, tantôt à retenir sa compétence pour connaître d'actes détachables sur un autre fondement que celui de la détachabilité de l'acte voire, récemment, à retenir sa compétence pour connaître d'un acte non-détachable des fonctions constitutionnelles du Parlement (B).

A. L'application par le Conseil d'Etat du critère de la détachabilité de l'acte

Parmi les arrêts qui suivirent la jurisprudence *Président de l'Assemblée nationale* du 5 mars 1999 semblant consacrer le critère de la détachabilité ou de la dissociabilité de l'acte comme critère fondamental pour tracer la frontière entre les actes parlementaires justiciables et injusticiables, on peut

⁶⁷ X. Barella, « L'autonomie des assemblées parlementaires », *RDP*, *op. cit.*

⁶⁸ M. Guerrini, *op.cit.*, p. 351-352.

citer l'arrêt *Brouant* rendu le 25 octobre 2002⁶⁹. Certes, il n'est pas question, dans cette affaire, d'un acte adopté par le Parlement, mais par le Conseil constitutionnel, à savoir le règlement par lequel le Conseil constitutionnel a défini le régime d'accès à ses archives. Mais le Conseil constitutionnel étant, au même titre que le Parlement, un organe constitutionnel le critère de la détachabilité de l'acte pouvait aussi lui être appliqué pour déterminer ceux de ses actes susceptibles d'être contrôlés par le juge administratif. C'est précisément ce critère que mobilisa le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Brouant*. Il ressort en effet de la motivation de l'arrêt que la Haute juridiction administrative reprend bel et bien à son compte le critère de la « dissociabilité » de l'acte comme critère de sa compétence pour connaître d'un acte adopté par un organe constitutionnel, tout en estimant, en l'espèce – peut être de façon discutable⁷⁰ – que l'acte n'est pas dissociable des fonctions constitutionnelles du Conseil constitutionnel : « *Considérant que, par le règlement attaqué, le Conseil constitutionnel a entendu définir un régime particulier pour l'accès à l'ensemble de ses archives ; qu'en égard à cet objet, qui n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution, ce règlement ne revêt pas le caractère d'un acte administratif dont la juridiction administrative serait compétente pour connaître* ». On pouvait, dès lors, estimer que cette même grille d'analyse permettrait au Conseil d'Etat de se juger compétent lorsqu'un acte administratif détachable ou dissociable des fonctions constitutionnelles des assemblées serait porté devant son prétoire. Autrement dit, le critère de la dissociabilité ou de la détachabilité apparaissait consacré par la négative. C'est d'ailleurs cette lecture de l'arrêt *Brouant* que proposèrent des commentateurs autorisés de cette décision : « *une lecture a contrario de cette dernière décision nous semble fournir une bonne clef de répartition : relève de la compétence du juge administratif ce qui est dissociable des missions confiées par la Constitution à un pouvoir public* »⁷¹.

⁶⁹ CE, Ass. 25 octobre 2002, *RFDA* 2003, p. 1, concl. G. Goulard, note Favoreu, p. 8, note P. Gonod et O. Jouanjan, p. 14 ; *AJDA* 2002, p. 1332, chron.

⁷⁰ Ce n'était pas la position du rapporteur public Guillaume Goulard qui voyait dans l'acte en cause un acte détachables des fonctions constitutionnelles du Conseil constitutionnel. Voir ses conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 25 octobre 2002, *Brouant*, *RFDA* 2003, p.1.

⁷¹ F. Donnat, D. Casas, « Le juge administratif et les actes non législatifs émanant des assemblées parlementaires », *AJDA* 2003, p. 1603.

La même lecture *a contrario* peut être faite de l'arrêt *Fédération Chrétienne des Témoins de Jéhovah de France* rendu le 16 avril 2010⁷². Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat rejette sa compétence pour connaître d'un acte parlementaire, à savoir l'acte par lequel le Président de l'Assemblée nationale a rendu public un rapport parlementaire : « *l'acte par lequel le président de l'Assemblée nationale rend public le rapport d'une commission d'enquête parlementaire est indissociable de la fonction parlementaire de contrôle dont les commissions créées par cette Assemblée et les rapports qu'elles élaborent, notamment en vue de les rendre publics, sont l'un des éléments ; qu'il échappe de ce fait par nature au contrôle du juge de l'excès de pouvoir* ». Sur le fond, la décision n'a rien d'original : elle ne fait que réitérer celle de l'arrêt *Association du Vajra Triomphant* du 30 mars 2001⁷³, qui portait également sur un rapport parlementaire. Mais, comme a pu le souligner Fabrice Melleray, « *cet arrêt retiendra sans doute davantage l'attention par sa motivation plutôt que par son dispositif* »⁷⁴. La motivation est en effet remarquable, car l'arrêt *Fédération Chrétienne des Témoins de Jéhovah de France* intervient après que l'article 60 de loi n°2003-710 du 1^{er} août 2003 ait modifié l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958. Depuis cette modification, introduite par le législateur en réaction à l'arrêt *Président de l'Assemblée nationale*, l'article 8 de ladite ordonnance dispose explicitement que le juge administratif est compétent *seulement* pour connaître de trois types de contentieux, ceux prévus dans l'ordonnance, à savoir ceux déjà prévus dès 1958 (voir *supra*), auxquels s'ajoutent désormais « *les litiges individuels en matière de marchés publics* ». L'article 8 modifié est ainsi à présent *explicitement limitatif*, de sorte que toute décision du juge administratif étendant sa compétence au-delà du champ de cet article pourrait être interprétée comme étant une décision *contra legem*⁷⁵. Au regard de cette évolution législative, qui interdit expressément au juge d'inclure dans sa sphère de compétences d'autres matières que celles limitativement énumérées à l'article 8 modifié, le plus naturel aurait

⁷² CE, 16 avr. 2010, n° 304176, *Féd. chrétienne des témoins de Jéhovah en France*.

⁷³ CE, 30 mars 2001, n° 211419, *Assoc. Vajra triomphant*.

⁷⁴ F. Melleray, « Compétence de la juridiction administrative - La décision de l'Assemblée nationale de publier un rapport parlementaire est insusceptible de recours devant le juge administratif », *Droit Administratif* n° 6, Juin 2010, comm. p. 101.

⁷⁵ Les travaux parlementaires sont très clairs quant à l'intention du législateur : « *les actions engagées contre une assemblée parlementaire ne peuvent l'être que dans le cadre légal fixé par l'ordonnance du 17 novembre 1958* » (P. Ollier, *JOAN* 12 juill. 2003, n° 79, p. 7531).

été, comme le soutenait le rapporteur public Julien Boucher⁷⁶, que le Conseil d'Etat décline sa compétence pour connaître du recours contre l'acte en cause, en s'appuyant non pas sur son caractère non-dissociable au regard des missions constitutionnelles du Parlement mais, tout simplement, sur l'article 8 modifié de l'ordonnance du 17 novembre 1958. En préférant fonder son incompétence sur la nature de l'acte plutôt que sur le nouveau texte de l'ordonnance, le Conseil d'Etat semblait, ainsi, bien faire sien, encore une fois par la négative, le critère de la détachabilité ou de la dissociabilité de l'acte comme critère décisif de sa compétence.

On peut encore dire la même chose au sujet de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de sanctions disciplinaires prises à l'encontre des parlementaires par les assemblées, jurisprudence qui semble, elle aussi, consacrer, par la négative, le critère matériel. Dans l'arrêt *Gremetz*⁷⁷, rendu le 28 mars 2011, le Conseil d'Etat a rejeté sa compétence pour connaître de telles sanctions. Cette décision étant aussi intervenue après la modification de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958, le Conseil d'Etat aurait pu se dispenser de s'interroger sur la nature de l'acte pour décliner sa compétence en se fondant tout simplement sur l'article 8 modifié. Mais, à nouveau, il justifie son incompétence en s'appuyant sur la nature de l'acte ignorant complètement, même dans son visa, l'ordonnance modifiée. Le Conseil d'Etat en fera de même plus récemment dans trois décisions du 24 juillet 2023 portant également sur des sanctions à l'encontre de députés, en adoptant la motivation suivante : « *le régime de sanction ainsi prévu par le règlement de l'Assemblée nationale fait partie du statut du parlementaire, dont les règles particulières découlent de la nature de ses fonctions. Ce régime se rattache à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement. Il en résulte qu'en vertu de la tradition constitutionnelle française de séparation des pouvoirs, il n'appartient pas au juge administratif de connaître des litiges relatifs aux sanctions infligées par les organes d'une assemblée parlementaire aux*

⁷⁶ Voir J. Boucher, conclusions sur CE, 16 avril 2010, *Fédération Chrétienne des Témoins de Jéhovah de France*.

⁷⁷ CE, 28 mars 2011, n° 347869, *Gremetz*, Lebon T. p. 837 ; *AJDA* 2011. 648 ; D. 2011. 1540, note O. Renaudie.

membres de celle-ci »⁷⁸. Il est vrai que ni dans l'arrêt *Gremetz*, rendu le 28 mars 2011, ni dans les trois décisions du 24 juillet 2023, le Conseil d'Etat ne se réfère directement au caractère indétachable ou indissociable des sanctions prises à l'encontre des députés pour se juger incompétent. Mais il ressort bien de la motivation de ces décisions que c'est la nature de l'acte qui justifie l'incompétence du juge administratif et non pas simplement le fait que l'acte ait été adopté par un organe émanant du Parlement. Comme l'a noté la rapporteur public Esther de Moustier dans ses conclusions sur les trois affaires ayant donné lieu aux décisions du 24 juillet 2023, les sanctions infligées aux parlementaires par une assemblée « *ont en effet pour but d'assurer le bon déroulement du travail parlementaire ainsi que la dignité de l'institution et sont donc indissociables des missions constitutionnelles du Parlement* »⁷⁹. Dans le même sens, Benjamin Fargeaud a pu observer, au sujet de ces trois décisions du 24 juillet 2023, qu'elles n'appliquent pas la théorie des actes parlementaires, le juge privilégiant « *la référence à la nature spécifique de l'activité parlementaire (...)* »⁸⁰. C'est donc bien cette indissociabilité, donc l'approche matérielle, qui apparaît fonder l'incompétence du Conseil d'Etat en matière de sanction disciplinaires.

Au moins dans un cas, le Conseil d'Etat a retenu sa compétence en mobilisant, bien que de façon implicite, le critère de la détachabilité de l'acte. C'est en effet ce que semble faire la juridiction administrative dans l'arrêt *M. Masson et M. Bompard* du 12 février 2014⁸¹, inédit au recueil *Lebon*, et qui est largement passé inaperçu en doctrine. Il était question dans cette affaire d'un recours de deux sénateurs contre une lettre du Président du Sénat par laquelle ce dernier a informé les élus de la liste des partis et groupements politiques éligibles au versement de la seconde fraction de l'aide publique prévue à l'article 8 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique. Le Conseil d'Etat juge alors que ces lettres « *se rattachent à la procédure administrative de répartition de l'aide publique aux partis et groupements politiques ; que, par suite et contrairement*

⁷⁸ CE, 9^o-10^o ch. réunies, 24 juillet 2023, n°471482, n° 473409 – *Mme A...* n° 473588 – *Mme X...*, *M. C...* mentionné aux tables du recueil *Lebon*.

⁷⁹ E. de Moustier, conclusions sur CE, 9^o-10^o ch. réunies, 24 juillet 2023, *op.cit.*

⁸⁰ B. Fargeaud, « Le contrôle juridictionnel des sanctions visant les parlementaires et la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2023, p.961.

⁸¹ CE, 12 févr. 2014, n° 373545.

à ce que soutient le ministre de l'intérieur, la juridiction administrative est compétente pour connaître des conclusions dirigées contre elles ». Si le critère de la « détachabilité » au regard des missions constitutionnelles du Parlement n'apparaît pas explicitement dans la motivation de l'arrêt, le rattachement de ces lettres à une « procédure administrative » semble indiqué que c'est bien la nature purement administrative de l'acte – donc le critère matériel – qui a été pris en compte par les juges du Palais Royal pour retenir leur compétence. Ce critère apparaît, au demeurant, explicitement dans les conclusions du rapporteur public Edouard Crépey, qui relevait, pour justifier la compétence de la juridiction administrative, l'« absence de tout lien avec le statut et les prérogatives du Parlementaire »⁸².

Il ressort de l'analyse de ces jurisprudences que le Conseil d'Etat n'hésite pas à faire sien le critère de la non-détachabilité ou de la non-dissociabilité de l'acte lorsqu'il est question de rejeter sa compétence, et parfois même pour retenir sa compétence. On aurait alors pu conclure qu'une nouvelle cohérence émerge en jurisprudence articulée autour du critère de la détachabilité de l'acte. Force est toutefois de constater que le Conseil d'Etat a, en parallèle des jurisprudences citées, brouillé les pistes n'hésitant pas, dans d'autres jurisprudences, à rejeter sa compétence pour connaître d'actes pourtant détachables des missions constitutionnelles du Parlement ou encore à retenir sa compétence sur un autre fondement que celui de la détachabilité pour connaître d'actes détachables voire même, cas le plus singulier compte tenu de la déférence historique du juge administratif à l'égard du législateur, à se juger compétent pour connaître d'actes pourtant non détachables des missions constitutionnelles du Parlement.

B. La non application par le Conseil d'Etat du critère de la détachabilité de l'acte

L'illustration jurisprudentielles les plus éclatantes de la non application par le Conseil d'Etat de la détachabilité de l'acte comme critère central de démarcation entre les actes parlementaires justiciables et injusticiables est,

⁸² E. Crépey, conclusions sur CE, 12 févr. 2014, n° 373545.

sans aucun doute possible, l'arrêt *Papon* du 4 juillet 2003⁸³. Cette jurisprudence est considérée, à juste titre, comme ayant infligé un véritable coup d'arrêt au développement du critère matériel dans le cadre du contentieux des actes parlementaires. Dans cette affaire, l'acte attaqué était très clairement détachable des fonctions parlementaires. Il était en effet question d'un litige relatif au versement de la pension d'un ancien député, M. Maurice Papon, ayant quitté l'Assemblée nationale depuis plus de vingt ans. Dans ces conditions, on ne peut que suivre le commissaire du Gouvernement Laurent Vallé lorsqu'il écrit que « *la contestation (...) est étrangère à l'activité du Parlement ou à la nature des missions que le requérant exerçait autrefois. L'exercice de dissociation n'est pas difficile. Nous ne voyons donc pas d'obstacle de principe à l'intervention d'un juge* »⁸⁴. Pourtant, le Conseil d'Etat, sur conclusions contraires de son commissaire, déclina sa compétence au motif que « *le régime de pensions des anciens députés fait partie du statut du parlementaire, dont les règles particulières résultent de la nature de ses fonctions ; qu'ainsi, ce statut se rattache à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement ; que, eu égard à la nature de cette activité, il n'appartient pas au juge administratif de connaître des litiges relatifs au régime de pensions des parlementaires* ». A proprement parler, le Conseil d'Etat ne revient pas, dans cet arrêt, à une approche purement organique, puisqu'il fonde bien son incompétence sur la nature de l'acte en adoptant une motivation analogue à celle qu'il retiendra dans le cadre de sa jurisprudence relative aux sanctions infligées aux parlementaires (voir *supra*). Il n'empêche que le critère matériel est bien mis à mal par cette jurisprudence dans la mesure où le Conseil d'Etat décline sa compétence pour connaître d'actes parlementaires dont on peut difficilement soutenir qu'ils ne sont pas détachables des fonctions constitutionnelles des assemblées, ce qui peut sembler, comme l'ont noté Francis Donnat et Didier Casas, difficile « *à concilier avec le précédent M. Brouant* »⁸⁵ (on peut ajouter avec le précédent *Fédération Chrétienne des Témoins de Jéhovah*).

⁸³ CE, 4 juill. 2003, n° 254850, *Papon*, Lebon p. 307 ; *AJDA* 2003. 1603, chron. F. Donnat et D. Casas ; D. 2003. 2485, et les obs. ; *AJFP* 2003. 16 ; *RFDA* 2003. 917, concl. L. Vallée.

⁸⁴ L. Vallé, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 4 juillet 2003, *Papon*, *RFDA*, p. 917.

⁸⁵ F. Donnat, D. Casas, Le juge administratif et les actes non législatifs émanant des assemblées parlementaires, *AJDA* 2003, p. 1603.

Une autre jurisprudence illustre de façon assez nette la distance que peut parfois prendre le Conseil d'Etat avec le critère de la détachabilité de l'acte (donc avec le critère matériel) : l'arrêt *Sté Paris Tennis*, rendu le 10 juillet 2020⁸⁶. Dans cette affaire, il était question d'un recours exercé contre un acte manifestement détachable des missions constitutionnelles des assemblées : une convention d'occupation du domaine public attribuée par le Sénat. L'ordonnance du 17 novembre 1958, telle qu'elle avait été modifiée par l'article 60 de loi n°2003-710 du 1er août 2003, n'avait pas prévu la compétence du juge administratif pour connaître des litiges relatifs à ce type de contrats, mais uniquement pour ceux relatifs aux marchés publics. La question qui se posait était donc celle de savoir si le juge administratif pouvait apprécier la légalité d'une convention conclue par le Sénat qui ne constituait pas un marché public. Cette affaire était l'occasion idéale pour le Conseil d'Etat de retenir sa compétence en se fondant sur la dissociabilité de l'acte au regard des fonctions constitutionnelles du Parlement et donc pour consacrer, de façon nette et définitive, le critère de la détachabilité. Il n'en fera rien. Suivant son rapporteur public, le Conseil d'Etat a préféré fonder sa compétence sur une interprétation souple de l'article 8 de l'ordonnance modifiée en jugeant qu'« *il résulte des travaux parlementaires que l'intention du législateur a été de rendre compatibles les dispositions de l'ordonnance avec les exigences de publicité et de mise en concurrence découlant notamment du droit de l'Union européenne* ». Les dispositions de l'article 8 modifiée de l'ordonnance du 17 novembre 1958 ne « *sauraient donc être interprétées comme excluant que le juge administratif puisse connaître de recours en contestation de la validité de contrats susceptibles d'être soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence* ». Ainsi, alors même que le Conseil d'Etat n'hésitait pas, dans l'arrêt *Fédération Chrétienne des Témoins de Jéhovah de France* de 2010, à s'appuyer sur le caractère non détachable de l'acte attaqué pour décliner sa compétence, sans se référer dans sa motivation à l'ordonnance modifiée du 17 novembre 1958, il se rattachait explicitement, en revanche, lorsqu'il était question de retenir sa compétence, à ladite ordonnance, ignorant le caractère détachable de

⁸⁶ CE, 10 juill. 2020, n° 434582, *Sté Paris Tennis*, Lebon, *JCP A* 2020, 2244 ; *Contrats Marchés publ.* 2020, comm. 266, conclusions Mireille Le Corre.

l'acte. C'est ce qu'on appelle envoyer des signaux pour le moins contradictoires !

L'arrêt *Syndicat de la magistrature* du 11 octobre 2023⁸⁷ n'allait qu'ajouter à la confusion. Dans cette affaire était en cause la décision du président du Sénat de nommer une ancienne magistrate pour siéger au conseil supérieur de la magistrature (CSM). Il va sans dire que l'article 8 modifié de l'ordonnance 17 novembre 1958 ne prévoit nullement la compétence du juge administratif pour connaître de ce type d'acte. Il n'était cette fois-ci pas possible pour le Conseil d'Etat de rattacher sa compétence à ladite ordonnance, comme il l'avait fait dans l'arrêt *Sté Paris Tennis* du 10 juillet 2020, sauf à manifestement la dénaturer. *A priori*, la Haute juridiction ne pouvait pas non plus, pour retenir sa compétence, se fonder sur le critère de la détachabilité de l'acte au regard des fonctions constitutionnelles des assemblées, car c'est la Constitution qui attribue directement aux présidents des deux chambres le rôle de nommer chacun deux membres du CSM⁸⁸. Comme le relevait en ce sens le rapporteur public Nicolas Agnoux : « *en désignant un membre du CSM, le président du Sénat n'agit pas comme une administration qui accomplit un acte de gestion administrative en vertu d'un corps de règles administratives (...) : il accomplit une mission dévolue par le Constituant qui participe de l'indépendance de l'autorité judiciaire* »⁸⁹. Pourtant, le Conseil d'Etat se jugea compétent dans cette affaire : « *il résulte des attributions conférées au Conseil supérieur de la magistrature par les articles 64 et 65 de la Constitution que cette institution, qui a notamment pour mission, aux fins de garantir l'indépendance de la magistrature, de participer à la nomination des magistrats et à leur discipline, fait partie de l'organisation du service public de la justice. A ce titre, les actes relatifs à la nomination, à la désignation ou à l'élection de ses membres constituent des actes administratifs dont il appartient au juge administratif de connaître* ». Il ressort de cette motivation que le Conseil d'Etat a appliqué au présent cas d'espèce la jurisprudence classique qu'il avait précédemment développée concernant le CSM, jurisprudence traditionnelle posée dans l'arrêt *Falco et*

⁸⁷ CE, 11 oct. 2023, n° 472669, *Synd. de la magistrature*, Lebon ; *JCP A* 2023, act. 611.

⁸⁸ L'article 65 alinéa 2 de la Constitution dispose en effet que « *le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat désignent chacun deux personnalités qualifiées* ».

⁸⁹ N. Agnoux, conclusions sur Conseil d'Etat, (Ass.), 11 octobre 2023, *Syndicat de la magistrature*, n° 472669.

Vidaillac du 17 avril 1953 : puisque les litiges relatifs à la régularité de la composition du CSM relèvent de l'organisation du service public de la justice, le juge administratif est compétent pour en connaître, conformément à la jurisprudence *Préfet de la Guyane* du 27 novembre 1952. Le problème est que l'application de cette jurisprudence au cas d'espèce concernant la nomination par le président du Sénat d'un membre du CSM revient à ignorer la qualité de l'auteur de l'acte, et surtout la « portée institutionnelle de l'acte attaqué »⁹⁰ s'agissant d'un acte mettant en œuvre une fonction constitutionnelle confiée directement par la Constitution au Président du Sénat.

On le voit, toute tentative de systématisation de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'actes parlementaires apparait vouée à l'échec. Tout au plus peut-on identifier « des familles de contentieux qui appellent plutôt telle ou telle solution »⁹¹. Pour le reste, il faut se résoudre à admettre que le critère consistant à distinguer les actes administratifs détachables des fonctions constitutionnelles des assemblées aux actes non détachables desdites missions ne ressort pas avec évidence de la jurisprudence du Conseil d'Etat, et ce malgré les appels en ce sens de plusieurs rapporteurs publics ainsi que de la doctrine. Dans les arrêts les plus récents où il a retenu sa compétence, qu'il s'agisse de l'arrêt *Sté Paris Tennis* du 10 juillet 2020 ou encore de l'arrêt *Syndicat de la magistrature* du 11 octobre 2023, le Conseil d'Etat ne s'est pas fondé sur le critère matériel. Plus encore, dans le dernier arrêt cité, il n'a pas hésité à retenir sa compétence pour connaître d'un acte relevant des missions constitutionnelles du Parlement. On ne saurait non plus affirmer qu'une nouvelle cohérence se construit autour de l'ordonnance 17 novembre 1958, telle qu'elle a été modifiée par l'article 60 de loi du 1^{er} août 2003. Non seulement le Conseil d'Etat n'y fait pas toujours référence lorsqu'il décline sa compétence mais, plus encore, il n'a pas hésité à l'ignorer en retenant sa compétence dans l'arrêt *Syndicat de la magistrature*. La seule conclusion que l'on puisse tirer de cette étude est que nous sommes passé, en matière d'actes parlementaires, d'une

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ L. Cadin, A. Goin, « Justice partout, Parlement nulle par ? », *AJDA* 2023, p. 2339.

jurisprudence très claire – mais très contestable – à une jurisprudence qu’il n’est, en fin de compte, pas excessif de qualifier de chaotique.