

Revue générale du droit. Etudes et réflexions, 2020

## Permettre au Parlement de saisir le juge administratif ? Une mise en perspective

---

Olivier Renaudie <sup>1</sup>

Citer cette publication : Olivier Renaudie, « Permettre au Parlement de saisir le juge administratif ? Une mise en perspective », Revue générale du droit, Etudes et réflexions, 2020.

---

<sup>1</sup> Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (ISJPS).

Lors du discours prononcé le 1<sup>er</sup> octobre 2020 à la suite de sa réélection, le président du Sénat, Gérard Larcher, a affirmé la nécessité de « réfléchir à une procédure (...), qui permette au Parlement de saisir le juge administratif lorsqu'un décret d'application manque à l'appel »<sup>2</sup>. Pour comprendre pourquoi et comment on a pu en arriver là, il convient de mettre en perspective cette affirmation, aussi bien sur le plan historique, que juridique.

Le Parlement et le juge administratif sont loin d'être deux mondes qui s'ignorent. Plusieurs manifestations de cette porosité sont spontanément identifiables. D'un côté, il existe de nombreuses instances, dont la composition associe des membres du Conseil d'Etat et des parlementaires. Il peut s'agir d'instances éphémères comme les nombreux comités chargés de la rédaction d'un rapport thématique<sup>3</sup>. Il peut également s'agir d'instances pérennes comme c'est le cas de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)<sup>4</sup> ou de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)<sup>5</sup>. De l'autre côté, les décisions du juge administratif émaillent le travail parlementaire. Ils peuvent donner lieu, parfois, à des réactions vives de la part des parlementaires : pour n'en prendre qu'un exemple, l'arrêt *Canal*<sup>6</sup>, rendu en 1962, a marqué les esprits. Par ailleurs, une réforme est venue éclairer sous un jour nouveau les relations entre le Conseil d'Etat et le Parlement : la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008<sup>7</sup> a ajouté un dernier alinéa à l'article 39 de la Constitution, disposant que « dans les conditions prévues par la loi, le président d'une Assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'Etat, avant son examen

---

2

[https://www.senat.fr/presidence/discours/discours\\_2017/2017\\_10\\_02\\_discours\\_election\\_gl.html](https://www.senat.fr/presidence/discours/discours_2017/2017_10_02_discours_election_gl.html).

<sup>3</sup> Voir par exemple la composition du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République, fixée par le décret n° 2007-1108 du 18 juillet 2007 portant création d'un Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République.

<sup>4</sup> Article 13 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>5</sup> Article L 341-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

<sup>6</sup> CE Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec. p. 552.

<sup>7</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République.

en commission, une proposition déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose »<sup>8</sup>. Cette disposition a modifié la place du Conseil d'Etat dans le paysage institutionnel français : jusqu'alors, celui-ci était tourné exclusivement vers le pouvoir exécutif ; désormais, en tant qu'autorité consultative, il conseille le Gouvernement mais également les parlementaires. En effet, lorsque celui-ci est saisi par le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat pour donner son avis sur une proposition de loi, il intervient comme conseiller juridique des parlementaires.

Si la réforme constitutionnelle de 2008 a contribué à renforcer les liens entre le Conseil d'Etat et le Parlement, la jurisprudence est loin d'avoir suivi le même chemin. Le juge administratif se montre en effet très circonspect s'agissant du fait parlementaire. Certes, celui-ci a accepté de contrôler la légalité du décret par lequel le Premier ministre avait confié une mission temporaire à un parlementaire : considérant que cette décision ne relevait pas de la catégorie des actes de gouvernement, il a vérifié la réalité de la mission ainsi confiée et a conclu à l'absence de détournement de pouvoir<sup>9</sup>. En revanche, à l'occasion de plusieurs décisions contemporaines, il a été beaucoup plus ferme : d'une part, il a refusé de reconnaître aux parlementaires un intérêt à agir en matière de recours pour excès de pouvoir<sup>10</sup> ; d'autre part, il s'est estimé incompétent pour connaître de recours formés contre des actes relatifs au statut des parlementaires<sup>11</sup>. Cette réserve à l'égard du Parlement n'est pas surprenante : elle s'inscrit dans une jurisprudence constante ; elle est sous-tendue par l'idée selon laquelle la juridiction administrative « juge des actes de l'administration et (...) pas les actes des pouvoirs publics dans l'exercice de leurs prérogatives

---

<sup>8</sup> Sur cette disposition, voir : Rémi Bouchez, « Le Conseil d'Etat, conseil du Parlement », *JCP A*, 26 avril 2011, p. 13 ; Pascale Gonod, « Le Conseil d'Etat, conseil du Parlement », *RFDA* 2008, p. 871 ; Agnès Roblot-Troizier et Jean-Gabriel Sorbara, « Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'Etat », *AJDA* 2009, p. 1994.

<sup>9</sup> CE Sect., 25 septembre 1998, *Mégret*, Rec. p. 340 ; *AJDA* 1998, p. 240, note Lemaire.

<sup>10</sup> CE Ass., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, *RFDA* 2010, p. 980, concl. Keller et CE, 23 novembre 2011, *Masson*, req. n° 341258.

<sup>11</sup> CE, 4 juillet 2003, *Papon*, *RFDA* 2003, p. 917, concl. Vallée et CE, ord., 28 mars 2011, *Gremetz*, n° 347869.

constitutionnelles »<sup>12</sup>. Le contexte dans lequel ces décisions ont été rendues n'est cependant plus le même qu'au début du XX<sup>ème</sup> siècle. Aussi traditionnelle soit-elle (I.), la réserve du juge administratif à l'égard du Parlement apparaît aujourd'hui largement dépassée (II.).

## I. Une réserve traditionnelle

La réserve du juge administratif s'inscrit dans une longue tradition jurisprudentielle, qui le conduit à leur refuser un intérêt à agir en matière de recours pour excès de pouvoir (A) et à s'estimer incompétent pour connaître des recours formés contre les actes parlementaires (B).

### A) La réserve à l'égard de l'intérêt à agir des parlementaires

Condition de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, l'intérêt à agir exprime le lien entre le requérant et l'acte contesté : pour être recevable à agir, celui-ci doit avoir un intérêt, direct et certain, à obtenir ce qu'il demande. La jurisprudence en la matière est généralement présentée comme libérale au regard de la diversité des intérêts donnant qualité pour agir et de la présomption d'intérêt à agir reconnue à l'égard de certaines catégories de requérants<sup>13</sup>. Tel est le cas, par exemple, des contribuables locaux qui sont recevables à attaquer les décisions des organes des collectivités territoriales ayant pour effet d'accroître les impôts locaux<sup>14</sup>. Ce libéralisme n'a cependant guère bénéficié aux parlementaires : comme l'a souligné Rémi Keller, « le parlementaire frappe depuis plusieurs décennies à la porte [du Conseil d'Etat] »<sup>15</sup> ; lassés de trouver porte close, certains sénateurs ont pu être tentés d'enfoncer celle-ci avec un bélier, à

---

<sup>12</sup> Jean-Pierre Camby, « L'autonomie des pouvoirs publics limite la compétence du juge administratif (Réflexions sur l'arrêt *Brouant* du Conseil d'Etat du 25 octobre 2002) », *RDJ* 2002, p. 1862.

<sup>13</sup> Voir Olivier Renaudie, dir., *L'intérêt à agir devant le juge administratif*, Berger-Levrault, 2015.

<sup>14</sup> CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. p. 133.

<sup>15</sup> Concl. sur CE Ass., *Fédération nationale de la libre pensée*, *RFDA* 2010, p. 981.

savoir une proposition de loi tendant à reconnaître une présomption d'intérêt à agir des membres de l'Assemblée nationale et du Sénat en matière de recours pour excès de pouvoir<sup>16</sup>. Pour comprendre pourquoi ces parlementaires ont cru devoir en arriver là, il est nécessaire de revenir sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière, puis de préciser les motifs qui justifient celle-ci.

La jurisprudence administrative relative à l'intérêt à agir des parlementaires<sup>17</sup> a longtemps été marquée par une double stratégie. La première stratégie consiste à contourner la question en reconnaissant aux parlementaires à l'origine du recours une autre qualité leur donnant intérêt à agir. On peut en donner de nombreuses illustrations : un député, qui demandait l'annulation des décrets organisant le référendum du 28 octobre 1962, a été admis à agir en sa qualité d'électeur<sup>18</sup> ; un sénateur, qui contestait un décret relatif au fonds de compensation pour la TVA, a été admis à agir en tant que président du comité des finances locales<sup>19</sup> ; un député, qui avait formé un recours contre le refus du ministre du Budget de mettre en œuvre le mécanisme dit de la « TIPP flottante », a été admis à agir en qualité de « consommateur de produits pétroliers »<sup>20</sup> ; un député, qui demandait l'annulation de trois décrets procédant à la privatisation de sociétés d'autoroutes, a été admis à agir en tant qu'« actionnaire d'une société d'autoroute »<sup>21</sup> ; deux sénateurs, qui sollicitaient l'annulation d'une lettre du ministre de la Culture par laquelle celui-ci avait enjoint à France Télévisions de ne plus commercialiser d'espaces publicitaires sur ses programmes, se sont vus reconnaître un intérêt à agir en tant qu'« usagers

---

<sup>16</sup> Proposition de loi tendant à reconnaître une présomption d'intérêt à agir des membres de l'Assemblée nationale et du Sénat en matière de recours pour excès de pouvoir, Sénat, n° 203, 23 décembre 2010.

<sup>17</sup> Sur cette jurisprudence, voir : Véronique Bertile, « L'intérêt pour agir des parlementaires devant le juge administratif », *RFDC* 2006, p. 825 ; Remi Keller, *concl. préc.* ; D. Labetoulle, « Le recours pour excès de pouvoir du parlementaire », *RJEP* 2010, p. 1 ; Fabrice Melleray, « Les parlementaires ont-ils un intérêt pour agir contre les ordonnances de l'article 38 ? », *LPA* 21 mars 2005, n° 56, p. 4 ; Agnès Roblot-Troizier et Thierry Rambaud, note sous CE Ass., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, *RFDA* 2010, p. 995.

<sup>18</sup> CE Ass., 19 octobre 1962, *Brocas*, Rec. p. 553.

<sup>19</sup> CE Ass., 9 octobre 1988, *Fourcade*, Rec. p. 398.

<sup>20</sup> CE, 14 mars 2003, *M. Migaud*, *RFDA* 2004, p. 971, concl. Stahl.

<sup>21</sup> CE, 27 septembre 2006, *Bayrou et autres*, Rec. p. 404 ; *RFDA* 2006, p. 1147, concl. Glaser.

du service public de la télévision »<sup>22</sup>. La seconde stratégie consiste à éluder la question en rejetant au fond les requêtes présentées par des parlementaires tout en précisant qu'il n'est pas nécessaire de statuer sur la recevabilité de celles-ci. C'est ainsi par exemple que, dans une décision de 1987, le Conseil d'Etat a rejeté au fond la requête formée par un député contre un arrêté interministériel, « sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir opposées par le ministre de l'Economie et des Finances »<sup>23</sup>. De même, dans une décision de 2004, la Haute juridiction a rejeté au fond la requête formée par un groupe de sénateurs à l'encontre de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, « sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité de la requête »<sup>24</sup>.

Une décision du 23 novembre 2011<sup>25</sup> est cependant venue rompre avec cette double stratégie. Saisi par un sénateur d'une demande en annulation du refus implicite du Premier ministre d'édicter les décrets d'application de certains articles de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, le Conseil d'Etat a estimé que le requérant, qui se prévalait des qualités de citoyen, d'usager des services publics, d'élu et de parlementaire, ne justifiait pas d'un « intérêt lui donnant qualité pour former un recours pour excès de pouvoir contre le refus de prendre ce décret ». On peut en déduire qu'aux yeux du Conseil d'Etat, les parlementaires ne bénéficient d'aucune présomption d'intérêt à agir. Cette décision apparaît d'autant plus remarquable que l'hypothèse d'espèce correspond à l'une de celles envisagées par la proposition de loi déposée en 2010<sup>26</sup>, aux termes de laquelle les parlementaires sont « réputés justifier d'une qualité leur donnant intérêt à agir par la voie du recours pour excès de pouvoir (...) contre le refus du Premier ministre de prendre dans un délai raisonnable les mesures réglementaires d'application d'une disposition législative ».

---

<sup>22</sup> CE, 11 février 2010, *Borvo et autres*, RFD A 2010, p. 629, chron. Roblot-Troizier et Rambaud.

<sup>23</sup> CE Ass., 2 février 1987, *Joxe et Bollon*, Rec. p. 25 ; RFD A 1987, concl. Massot.

<sup>24</sup> CE, 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, Rec. p. 393 ; RFD A 2004, p. 1103, concl. Casas.

<sup>25</sup> CE, 23 novembre 2011, *M. Masson*, req. n° 341258 ; AJDA 2011, p. 2317.

<sup>26</sup> *Prop. de loi préc.*

Les raisons qui justifient la réserve du juge administratif à l'égard de l'intérêt à agir des parlementaires, telles qu'elles ressortent des conclusions des rapporteurs publics, sont au nombre de trois. La première raison tient à l'indivisibilité de la souveraineté nationale dont seul le Parlement est l'expression. Cette indivisibilité a pour conséquence que, « pris isolément, les parlementaires ne peuvent s'attribuer l'exercice de la souveraineté parce qu'ils sont partie d'un tout dont on ne peut rien distraire »<sup>27</sup>. A titre individuel, les parlementaires ne seraient ainsi pas habilités à défendre le Parlement contre les atteintes susceptibles de lui être portées, comme par exemple une mesure réglementaire contraire à une disposition législative ou édictée dans le domaine relevant de la loi. La deuxième raison tient à la séparation des pouvoirs, laquelle conduit le juge administratif à refuser d'être l'arbitre de conflits entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Reconnaître un intérêt à agir aux parlementaires reviendrait en effet à permettre à des membres du pouvoir législatif d'attaquer les actes édictés par le pouvoir exécutif et, donc, à faire du juge administratif l'arbitre de conflits entre organes constitutionnels<sup>28</sup>. Or, « le recours pour excès de pouvoir (...) n'a pas pour finalité la continuation, par d'autres moyens, du débat parlementaire »<sup>29</sup>. La troisième raison tient à la crainte de voir se développer une *actio popularis*, par laquelle n'importe qui pourrait attaquer n'importe quelle décision administrative. Sur ce point, la formule du président Massot est connue : « représentant la Nation tout entière et cherchant à préserver les intérêts patrimoniaux de l'Etat, [le parlementaire] fait partie d'un cercle trop vaste pour que son action ne se confonde pas avec l'action populaire »<sup>30</sup>. En raison de son statut, celui-ci ne disposerait donc pas d'un intérêt suffisamment direct à l'annulation de l'acte attaqué. Or, on l'a vu, cette condition est déterminante dans l'appréciation par le juge de l'intérêt à agir des requérants.

---

<sup>27</sup> Didier Casas, *concl. préc.*, p. 1106.

<sup>28</sup> Sur ce point, voir Véronique Bertile, *art. préc.*, p. 827-828.

<sup>29</sup> Christian Vigouroux, conclusions sur CE, 22 février 1987, *Noir*, RDP 1987, p. 1670.

<sup>30</sup> *Concl. préc.*, p. 180.

## B) La réserve à l'égard des actes parlementaires

Les actes parlementaires<sup>31</sup> peuvent être définis comme les 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. Comme on l'a fait à propos de l'intérêt à agir, il convient, d'une part, de voir comment s'exprime la réserve du juge administratif à l'égard de ces actes et, d'autre part, d'identifier les fondements sur lesquels elle repose.

La réserve du juge administratif à l'égard des actes parlementaires remonte à une décision de 1872 par laquelle il a refusé de statuer sur une décision prise par une commission parlementaire au sujet de la révision des grades d'officiers<sup>32</sup>. Depuis lors, celui-ci a successivement refusé de connaître des recours pour excès de pouvoir formés contre : la réglementation de l'accès du public et de la presse aux séances<sup>33</sup>, les décisions du président de la Chambre relatives aux pensions des employés<sup>34</sup>, un refus d'admission à un concours d'administrateur des services<sup>35</sup>, la radiation des cadres d'un fonctionnaire de l'Assemblée nationale<sup>36</sup>, le rétablissement de la pension d'un ancien député<sup>37</sup> ou encore le refus d'attribuer une allocation de secours à d'anciens parlementaires sans emploi<sup>38</sup>. Sa position a été identique à propos de recours de plein contentieux<sup>39</sup>. Plus récemment, le Conseil d'Etat a décliné la compétence de la juridiction administrative pour connaître des litiges relatifs aux pensions des anciens parlementaires :

---

<sup>31</sup> Sur les actes parlementaires, voir : Jean-Marie Auby, « Le contentieux des actes parlementaires », *AJDA* 1959. P. 101 ; Jean-Pierre Camby, « Actes parlementaires » in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2008 ; Jean-Claude Fortier, « Le contrôle du juge sur les actes administratifs des assemblées parlementaires », *AJDA* 1981, p. 128.

<sup>32</sup> CE, 15 novembre 1872, *Carrey de Bellemare*, Rec. p. 591, concl. Perret.

<sup>33</sup> CE, 24 novembre 1882, *Merly*, Rec. p. 932.

<sup>34</sup> CE, 6 juillet 1926, *Dame Coursaguet*, Rec. p. 868.

<sup>35</sup> CE Sect., 26 mai 1950, *Vouters*, Rec. p. 316.

<sup>36</sup> CE, 20 mars 1953, *Gleyzes*, Rec. p. 137.

<sup>37</sup> CE, 18 février 1955, *Buyat*, Rec. T. p. 755.

<sup>38</sup> CE, 29 décembre 1995, *Sabaty*, Rec. T. p. 610.

<sup>39</sup> Voir CE, 11 février 1957, *Lam*, *Rev. adm.* 1957, p. 137, note Moreau et 31 mai 1957, *Girard*, *D.* 1957, concl. Guldner.

« le régime de pensions des anciens députés fait partie du statut du parlementaire, dont les règles particulières résultent de la nature de leurs fonctions ; qu'ainsi, ce statut se rattache à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement »<sup>40</sup>. C'est en des termes identiques qu'il a par ailleurs rejeté la requête en référé formée par un député à l'encontre d'une sanction qui lui avait été infligée par le Bureau de l'Assemblée nationale<sup>41</sup>.

L'autolimitation du juge à l'égard des actes parlementaires repose sur deux fondements principaux. Le premier fondement est le principe de séparation des pouvoirs. Il est généralement interprété comme exigeant l'indépendance fonctionnelle des deux assemblées : souveraines dans l'Etat, celles-ci « doivent absolument être maîtresses chez elles »<sup>42</sup>. Corollaire de cette indépendance, les assemblées parlementaires bénéficient d'une autonomie financière et administrative : la première se traduit notamment par le fait que les assemblées échappent aux règles classiques d'élaboration et d'exécution budgétaires<sup>43</sup> ; la seconde, par le fait les agents titulaires des services des assemblées sont des fonctionnaires de l'Etat dont le statut et le régime de retraite sont déterminés par le Bureau des assemblées intéressées<sup>44</sup>. Dans le prolongement de cette double autonomie, les actes édictés par les assemblées ou par leurs organes en dehors du vote de la loi bénéficient d'une immunité juridictionnelle. Dès lors, le juge « ne peut, sans violer ouvertement le principe de la séparation des pouvoirs, entrer dans l'examen de pareille demande ; la Chambre des députés fait partie des Pouvoirs constitués dans lesquels réside la souveraineté ; à ce titre, ces actes (...) ne peuvent tomber dans le domaine de l'appréciation des tribunaux »<sup>45</sup>. Le second fondement sur lequel repose

---

<sup>40</sup> CE, 4 juillet 2003, *Papon*, préc.

<sup>41</sup> CE, ord., 28 mars 2011, *Gremetz*, préc.

<sup>42</sup> Eugène Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 2<sup>e</sup> éd., 1902, Loysel, n° 1182.

<sup>43</sup> Article 7 de la loi organique n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances. Sur ce point, voir Vincent Dussart, *L'autonomie financière des pouvoirs publics constitutionnels*, CNRS éditions, 2000.

<sup>44</sup> Article 8 de l'ordonnance n° 58-1100 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

<sup>45</sup> Cass., 30 janvier 1882, *de Baudry d'Asson*, S. 1883.I.111.

l'autolimitation du juge administratif à l'égard du Parlement est l'absence de caractère administratif de l'autorité les ayant édictés. Le Conseil d'Etat a ainsi pu se fonder sur l'article 9 de la loi du 24 mai 1872<sup>46</sup>, qui ouvrait le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des « actes des diverses autorités administratives », pour décliner la compétence de la juridiction administrative à propos de recours contre les actes d'une commission exclusivement composée de députés<sup>47</sup>. Cette référence au critère organique, si elle est moins fréquente que celle au principe de séparation des pouvoirs, n'en présente pas moins l'intérêt de permettre de distinguer les actes de gouvernement et les actes parlementaires. Les actes de gouvernement<sup>48</sup> sont édictés par des autorités administratives : c'est parce qu'ils sont relatifs aux relations internationales ou aux relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif qu'ils échappent à la compétence de la juridiction administrative. Pour leur part, les actes parlementaires ne sont pas édictés par une autorité administrative mais par un pouvoir souverain : ils apparaissent dès lors « manifestement étranger[s] à la compétence de la juridiction administrative »<sup>49</sup>.

On comprend dès lors la volonté du président du Sénat, Gérard Larcher : pour contourner la réserve traditionnelle du juge administratif à l'égard du Parlement, celui-ci envisage un dispositif législatif permettant aux parlementaires de défendre leurs intérêts collectifs. Sur le fond, il apparaît difficile de lui donner tort et ce, d'autant plus que cette réserve apparaît aujourd'hui dépassée.

---

<sup>46</sup> Cet article était ainsi rédigé : « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ».

<sup>47</sup> CE, 2 juillet 1880, *Valentin*, Rec. p. 619.

<sup>48</sup> Sur les actes de gouvernement, voir notamment Elise Carpentier, « L'acte de gouvernement n'est pas insaisissable », *RFDA* 2006, p. 661 et Jean-Claude Venezia, « Eloge de l'acte de gouvernement », *Gouverner, administrer, juger. Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 723.

<sup>49</sup> CE, ord., 28 mars 2011, *Gremetz*, préc.

## II. Une réserve dépassée

La réserve du juge administratif à l'égard du Parlement semble dépassée, au regard, tant de l'évolution de la séparation des pouvoirs (A), que du pragmatisme de certaines solutions jurisprudentielles (B).

### A) L'évolution de la séparation des pouvoirs

La séparation des pouvoirs est invoquée régulièrement par le juge administratif afin de justifier aussi bien l'absence de présomption d'intérêt à agir des parlementaires en matière de recours pour excès de pouvoir, que l'injusticiabilité des actes parlementaires. Cette justification peut être aujourd'hui considérée comme dépassée dans la mesure où la séparation des pouvoirs ne correspond plus en tout point à ce qu'elle a pu être.

Depuis la Révolution française, le principe de la différenciation des fonctions législative, exécutive et judiciaire de l'Etat a, certes, constamment été réaffirmé dans le but d'éviter les abus liés à la confusion des pouvoirs et de garantir les libertés individuelles. La constance du principe est cependant loin d'être synonyme d'invariance<sup>50</sup>. D'un point de vue formel, le principe, qui trouve son origine dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, a acquis valeur constitutionnelle<sup>51</sup>. D'un point de vue matériel, il a subi des inflexions substantielles<sup>52</sup> : d'une part, la différenciation des fonctions étatiques est

---

<sup>50</sup> Voir Jacques Chevallier, « La séparation des pouvoirs » in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica, 1989, p. 113-146.

<sup>51</sup> La valeur constitutionnelle du principe de séparation des pouvoirs a été reconnue par le Conseil constitutionnel (décisions n° 79-104 DC du 23 mai 1979, Rec. p. 27 et n° 80-119 DC du 7 juillet 1980, Rec. p. 46).

<sup>52</sup> Sur ces inflexions, voir : Elise Carpentier, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, LGDJ, 2006, p. 157-162 ; Carlos-Miguel Pimentel, « De l'Etat de droit à l'Etat de la jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs » in Alain Pariente, dir., *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 9-29 ; Michel

désormais assortie de fortes interactions ; d'autre part, la fraction de l'exercice de la puissance étatique opérée par les Constitutions et précisée par les décisions juridictionnelles contemporaines concerne moins les « pouvoirs » que les « organes constitutionnels »<sup>53</sup>. Soulignées par la doctrine universitaire, ces inflexions sont loin, par ailleurs, d'avoir échappé aux membres du Conseil d'Etat. En 1999, Mme Catherine Bergeal affirmait que l'immunité des actes édictés par les organes des assemblées parlementaires « (...) repose sur une conception juridique obsolète de la séparation des pouvoirs, qui n'était justifiée que par un contexte historique disparu »<sup>54</sup>. Plus récemment, le président Labetoulle<sup>55</sup>, d'un côté, et M. Remi Keller<sup>56</sup>, de l'autre, précisaient que le contexte des relations entre le Conseil d'Etat et le Parlement « a évolué ».

C'est un fait que les relations entre les pouvoirs publics constitutionnels ne sont plus appréhendées exactement comme sous la III<sup>e</sup> République. D'abord, la Constitution a confié au Conseil constitutionnel la mission de contrôler la constitutionnalité des lois. Cette mission a été considérablement renforcée avec la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité. La loi constitutionnelle de 2008<sup>57</sup> a, on le sait, inséré dans la Constitution un nouvel article 61-1 ainsi rédigé : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur le renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Largement utilisée par les justiciables,

---

Troper, « Les nouvelles séparations des pouvoirs » in Sandrine Baume et Biancamaria Fontana, dir., *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Michel Houdiard, 2008, p.17-37.

<sup>53</sup> Comme le souligne Elise Carpentier, « les ordonnancements constitutionnels modernes se caractérisent par une atomisation des fonctions, perdant leur unité au profit d'attributions constitutionnelles spécifiques, et une pulvérisation des pouvoirs, abandonnant leur unité au bénéfice d'organes constitutionnels, auxquels sont confiées lesdites attributions » (*La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, op. cit., n° 318).

<sup>54</sup> Conclusions sur CE Ass., 5 mai 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, RFD 1999, p. 335.

<sup>55</sup> « Le recours pour excès de pouvoir du parlementaire », *art. préc.*, p. 2.

<sup>56</sup> *Concl. préc.*, p. 982.

<sup>57</sup> *Loi constitutionnelle n° 2008-724 préc.* Voir également la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

cette procédure de contrôle *a posteriori* permet d'éliminer de l'ordre juridique les dispositions législatives inconstitutionnelles. Ensuite, la position du juge administratif à l'égard de la loi s'est assouplie. Le Conseil d'Etat a notamment accepté : de mettre en place un contrôle de conventionnalité des lois<sup>58</sup> ; de vérifier si une loi de validation a été votée par le législateur dans un but d'intérêt général<sup>59</sup> ; d'engager la responsabilité de l'Etat du fait d'une loi méconnaissant les engagements internationaux de la France<sup>60</sup>. Enfin, le Conseil d'Etat a été admis à conseiller les parlementaires exerçant leur droit d'initiative législative. On l'a vu, la loi constitutionnelle de 2008<sup>61</sup> a créé une procédure de consultation facultative des sections administratives du Conseil sur les propositions de loi. Lorsque le Conseil d'Etat est saisi dans ces conditions, il intervient comme conseiller juridique des parlementaires faisant usage de leur droit d'initiative et participe à l'exercice de la fonction législative.

Ces différents éléments ont très largement contribué à redéfinir les prérogatives des organes constitutionnels et, ce faisant, le contenu de la séparation des pouvoirs. En l'état du droit, cette évolution n'en a pas moins abouti au double paradoxe suivant : d'une part, le Conseil d'Etat peut, au titre de ses fonctions consultatives, donner un avis juridique sur une proposition de loi mais, au titre de ses fonctions contentieuses, il refuse d'être saisi par un parlementaire souhaitant contester une décision administrative ; d'autre part, les actes parlementaires bénéficient d'une injusticiabilité bien supérieure à celle des lois. On ne peut dès lors qu'appeler de nos vœux une adaptation des règles en vigueur, laquelle apparaît d'autant plus envisageable au regard du pragmatisme de certaines solutions jurisprudentielles.

---

<sup>58</sup> CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, RFD A 1989, p. 813, concl. Frydman et note Genevois.

<sup>59</sup> CE Ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert*, AJDA 1998, p. 149, concl. Bergeal.

<sup>60</sup> CE Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, RFD A 2007, p. 361, concl. Derepas et note Pouyaud.

<sup>61</sup> *Loi constitutionnelle n° 2008-724 préc.* Voir également la loi n° 2009-689 du 15 juin 2009 tendant à modifier l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

## B) Le pragmatisme de certaines solutions jurisprudentielles

La réserve du juge administratif à l'égard du Parlement apparaît par ailleurs dépassée dans la mesure où elle ne semble pas en harmonie avec un certain nombre de solutions jurisprudentielles. On peut en donner plusieurs illustrations.

La première illustration est relative aux actes édictés par les organes des assemblées parlementaires. Si, on l'a vu, le Conseil d'Etat s'estime traditionnellement incompétent pour connaître des recours formés contre ces actes, deux séries d'exceptions existent néanmoins. L'une est d'ordre textuel : il s'agit de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958<sup>62</sup>, lequel prévoit, d'une part, que l'Etat est responsable des dommages de toute nature causés par les services des assemblées parlementaires et, d'autre part, que la juridiction administrative est appelée à connaître de tous litiges d'ordre individuel concernant les agents titulaires des services des assemblées parlementaires. L'autre est d'ordre jurisprudentiel : elle tient à un certain nombre de solutions par lesquelles le Conseil d'Etat, loin de s'estimer lié par les hypothèses prévues par cette ordonnance, a affirmé sa compétence pour connaître de recours formé contre certains actes des organes parlementaires. D'abord, le Conseil a accepté d'examiner un recours formé à l'encontre de la décision de la questure de l'Assemblée nationale refusant de titulariser un agent stagiaire<sup>63</sup>. Ensuite, celui-ci s'est reconnu compétent pour statuer, par la voie de l'exception, sur la légalité des règlements des assemblées parlementaires<sup>64</sup>. Enfin, dans sa décision d'assemblée du 5 avril 1999<sup>65</sup>, il a considéré que les marchés conclus par

---

<sup>62</sup> Ordonnance n° 58-1100 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires. Sur ce texte ainsi que sur la manière dont il a été interprété par la jurisprudence, voir Jean-Marie Auby, « Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958 », *AJDA* 1959, p. 107 et Sébastien Jeannard, « Les mutations du droit de la fonction publique parlementaire », *RFDA* 2011, p. 995.

<sup>63</sup> CE Ass., 12 janvier 1968, *Mme Barbier*, Rec. p. 39.

<sup>64</sup> CE, 19 juin 1996, *Escriva*, Rec. p. 10. Voir également CE, 10 juin 1998, *Maillard et autres*, req. n° 148631.

<sup>65</sup> CE Ass., *Président de l'Assemblée nationale*, *RFDA* 1999, p. 333, concl. Bergeal.

les assemblées parlementaires en vue de la réalisation de travaux publics avaient le caractère contrats administratifs et qu'il appartenait à la juridiction administrative de connaître des décisions relatives aux décisions par lesquelles les services de ces assemblées procèdent à leur passation. Ces solutions sont remarquables pour deux raisons : elles attestent de l'apparition progressive d'un « droit administratif des assemblées parlementaires »<sup>66</sup> ; elles sont susceptibles d'inspirer le Conseil d'Etat afin qu'il étende son contrôle aux actes édictés par les organes parlementaires.

La deuxième illustration est relative à l'intérêt à agir de certaines catégories de requérants. Le Conseil d'Etat admet de longue date des présomptions d'intérêt à agir, c'est-à-dire que « certains requérants n'ont qu'à faire état de leur qualité pour être assurés de la recevabilité de leurs recours »<sup>67</sup>. Parmi les catégories de requérants visées par ce type de présomption, on peut citer : les contribuables locaux, qui sont recevables à former un recours contre les décisions des organes des collectivités territoriales ayant pour effet d'accroître les impôts locaux<sup>68</sup> ; les usagers d'un service public, qui ont qualité pour attaquer les mesures relatives à l'organisation et au fonctionnement du service concerné<sup>69</sup> ; les membres des organes délibérants à caractère collégial des personnes publiques, qui ont un intérêt à contester les délibérations de ces organes<sup>70</sup>. Ainsi, on voit mal ce qui justifie que le Conseil d'Etat refuse aux parlementaires ce qu'il accorde à ces catégories de requérants et ce, d'autant plus que l'argument, tiré de l'indivisibilité de la souveraineté, selon lequel un parlementaire ne pourrait défendre les intérêts du Parlement apparaît contestable dans la mesure où il est loisible à soixante députés ou soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> Harold Desclodures, *Le droit administratif des assemblées parlementaires*, Thèse, Université de Lille II, 2009.

<sup>67</sup> Mattias Guyomar et Bertrand Seiller, *Contentieux administratif*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2019, p. 206.

<sup>68</sup> CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. p. 133.

<sup>69</sup> CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey-Tivoli*, Rec. p. 962, concl. Romieu.

<sup>70</sup> CE Sect., 22 mars 1996, *Paris et Roignot*, Rec. p. 99.

<sup>71</sup> Voir en ce sens Fabrice Melleray, *art. préc.*, p. 5.

La troisième illustration est relative à la théorie de l'acte détachable<sup>72</sup>. Le Conseil d'Etat fait régulièrement application de cette théorie dans le but de réduire les immunités de juridiction et d'assurer une protection juridictionnelle effective des individus. Tel est particulièrement le cas à propos des actes de gouvernement<sup>73</sup> : dans un premier temps, le Conseil d'Etat a accepté de connaître de mesures qu'il considère comme détachables des relations diplomatiques de la France comme par exemple un décret d'extradition<sup>74</sup>, le rejet d'une demande d'extradition par un Etat étranger<sup>75</sup> ou encore la destruction par la marine nationale d'un navire abandonné en haute mer<sup>76</sup> ; dans un second temps, il a fait application de cette théorie aux rapports entre le Gouvernement et le Parlement et a admis le recours formé contre un décret chargeant un parlementaire d'une mission temporaire dans la mesure où cet acte était « détachable des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif tels qu'ils sont organisés par la Constitution »<sup>77</sup>. Le Conseil d'Etat pourrait ainsi utilement recourir à cette théorie pour étendre son contrôle à certains actes édictés par des organes parlementaires mais détachables de l'exercice de la fonction législative.

La quatrième illustration est relative au droit au recours qui, sans être une exigence nouvelle, a pris une dimension plus importante sous l'effet conjugué des jurisprudences européennes et internes<sup>78</sup>. S'agissant des premières, on peut citer la décision par laquelle la Cour européenne des droits de l'homme affirme que l'article 13 de la Convention « a pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant à examiner le contenu d'un grief défendable fondé sur la Convention et à offrir le redressement

---

<sup>72</sup> Sur cette théorie, voir Stéphane Guérard, *La notion de détachabilité en droit administratif français*, Thèse, Université Paris II, 1997.

<sup>73</sup> Sur cette catégorie d'actes, voir note n° 51.

<sup>74</sup> CE Ass., 28 mai 1937, *Decerf*, Rec. p. 534.

<sup>75</sup> CE Ass., 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, Rec. p. 267, concl. Vigouroux.

<sup>76</sup> CE Sect., 23 octobre 1987, *Société Nachfolger Navigation*, RFD A 1987, p. 963, concl. Massot.

<sup>77</sup> CE Sect., 25 septembre 1998, *Mégret*, préc.

<sup>78</sup> Sur ce point, voir notamment Mattias Guyomar et Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 165.

approprié »<sup>79</sup> ; pour sa part, la Cour de Justice de l'Union européenne considère que l'existence d'un contrôle juridictionnel constitue la traduction d'un « principe général du droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles des Etats membres »<sup>80</sup>. S'agissant des secondes, on peut rappeler que le droit d'exercer un recours juridictionnel a été considéré comme un principe à valeur constitutionnelle, aussi bien par le Conseil constitutionnel<sup>81</sup>, que par le Conseil d'Etat<sup>82</sup>. C'est le renforcement de cette exigence qui a notamment conduit ce dernier à créer un recours sur mesure pour les concurrents évincés désirant attaquer le contrat administratif qu'ils souhaitaient obtenir<sup>83</sup>.

\*\*\*

Le juge administratif souhaite se tenir à distance du Parlement. Si cette réserve s'inscrit dans une longue tradition jurisprudentielle, elle n'en est pas moins dépassée au regard du contexte politico-juridique contemporain, marqué notamment par une conception renouvelée de la séparation des pouvoirs. On ne peut dès lors que plaider pour une évolution des règles applicables. Qui doit être à l'origine de cette évolution ? L'inflexibilité du Conseil d'Etat peut s'interpréter comme une invitation à l'action adressée au législateur. C'est à cette invitation que souhaite répondre le président du Sénat, Gérard Larcher, en affirmant la nécessité d'élaborer une procédure visant à permettre au Parlement de saisir le juge administratif lorsqu'un décret d'application d'une loi tarde à être élaboré<sup>84</sup>. Au fond, il s'agirait de créer un recours *sui generis* pour les parlementaires, afin de leur permettre la défense de leurs intérêts collectifs devant le juge administratif. La création d'un tel recours apparaît d'autant

---

<sup>79</sup> CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, JCP 2001, 1, p. 291, obs. Sudre.

<sup>80</sup> CJUE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, Rec. p. 1651.

<sup>81</sup> Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *AJDA* 1996, p. 371, note Schrameck.

<sup>82</sup> CE, 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, Rec. p. 313.

<sup>83</sup> CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, Rec. p. 360, concl. Casas.

<sup>84</sup>

[https://www.senat.fr/presidence/discours/discours\\_2017/2017\\_10\\_02\\_discours\\_election\\_gl.html](https://www.senat.fr/presidence/discours/discours_2017/2017_10_02_discours_election_gl.html).

plus justifiée que, dans cette hypothèse, le juge administratif accepte de connaître d'un recours... lorsqu'il émane d'un requérant, autre qu'un parlementaire<sup>85</sup> ! On peut donc envisager qu'un texte législatif inspiré de la proposition de loi déposée en 2010<sup>86</sup> dispose que « les membres du Parlement sont réputés justifier d'une qualité leur donnant intérêt pour agir par la voie du recours pour excès de pouvoir contre le refus du Premier ministre de prendre dans un délai raisonnable les mesures réglementaires d'application d'une disposition législative ».

---

<sup>85</sup> CE, 27 novembre 1964, *Dame veuve Renard*, Rec. p. 590 et CE, 29 juin 2011, *Société Cryo Save France*, req. n° 343188.

<sup>86</sup> Proposition de loi n° 203, Sénat, 23 décembre 2010 *préc.*