

La souveraineté parlementaire, fondement actuel d'un déni de justice ?

Mohesh BALNATH

Doctorant contractuel, Equipe de droit public de Lyon, Université Jean Moulin Lyon-3

A la faveur de sa décision *Miller*, rendue le 24 janvier 2017, dans le cadre du débat sur la nécessité d'une loi autorisant la notification, par le Royaume-Uni, de son intention de se retirer de l'Union européenne en application de l'article 50 du Traité sur l'Union européenne, la Cour suprême du Royaume-Uni a rappelé la vigueur du principe de souveraineté parlementaire outre-Manche¹, véritable garantie démocratique pour le clan des *Remainers*.

En France, cependant, le vocable apparaît comme le témoignage d'un autre temps. Y a-t-il jamais eu prise ? Le principe de souveraineté parlementaire n'est pas consacré dans les textes constitutionnels au Royaume-Uni et en France. Ici et là, c'est à la doctrine, principalement R. Carré de Malberg et A. V. Dicey, que revient la formulation du principe. Si la définition retenue par Dicey a fait florès², celle de Carré de Malberg n'a pas tant prospéré, car elle s'inscrit à contre-courant du droit positif français, du moins du droit écrit. En effet, les Constitutions républicaines n'ont reconnu de souverain que la nation, héritage de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, qui dispose en son article 3 que « [le] principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ».

Dès lors, le principe de souveraineté parlementaire ne s'impose pas comme une évidence pour la doctrine française. Carré de Malberg lui-même s'est ravisé à ce propos. Le premier Carré de Malberg considérait, en 1920 dans la *Contribution*, qu'il ne saurait y avoir de souveraineté dite d'organe, y compris celle du Parlement³. Comme éclairé de la pratique institutionnelle de la III^{ème} République, le second Carré de Malberg admit en 1931, dans *La loi, expression de la volonté générale*⁴ et dans ses *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme*⁵, l'existence d'une souveraineté parlementaire.

L'hésitation de Carré de Malberg provient sans doute de la conception, évolutive, qu'il retient de la souveraineté d'organe. Dans la *Contribution*, Carré de Malberg distingue, par emprunt au vocabulaire juridique allemand, trois types d'acception et d'usage du terme français de « souveraineté »: le premier type désignerait le caractère indépendant de l'Etat au regard de ses relations internationales (*Souveränität*), le deuxième l'exercice de pouvoirs effectifs constitutifs de la puissance étatique (*Staatsgewalt*) et enfin le troisième la domination d'un organe au sein de l'Etat (*Herrscher*)⁶. C'est ce dernier sens qui doit nous intéresser. Dans la *Contribution* également, Carré de Malberg souligne que le droit public français ne reconnaît

¹ *R (Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2017] 2 WLR 583.

² Albert Venn DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 8^e éd., London, Macmillan, 1927, p. XVIII-XIX.

³ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, t.1 (1920)*, Paris, CNRS, 1962, p. 87.

⁴ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale : étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931, p. 51.

⁵ Raymond CARRÉ DE MALBERG, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *RDP*, 1931, p. 225.

⁶ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.*, p. 86.

pas d'organe souverain, en ce sens qu'aucun organe n'aurait en France le « caractère d'une puissance qui n'en relève d'aucune autre »⁷, dès lors que les organes de l'Etat exercent un pouvoir par délégation de souveraineté, en application de l'article 3 précité de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, et suivant les conditions posées par la Constitution.

La lettre de l'article 3 se présente à contre-courant des positions que la doctrine serait tentée d'adopter. Carré de Malberg admet l'inexistence d'un organe souverain par déduction de l'article 3, mais seulement par concession, après avoir envisagé que, « quant à l'organe suprême de l'Etat, il peut d'abord sembler parfaitement légitime de le qualifier de souverain »⁸. Esmein ne s'embarrasse pas des dispositions de l'article 3 lorsqu'il affirme que le sujet et titulaire de la souveraineté n'est pas nécessairement la nation dans un Etat républicain et qu'il peut être « une classe seulement de la nation dans la République aristocratique ou oligarchique »⁹. Par suite, il apparaît possible de considérer qu'une composante de la nation, principalement ses représentants, soit en mesure d'être un « titulaire actuel et agissant »¹⁰ de la souveraineté de l'Etat.

Carré de Malberg adopte l'idée d'une souveraineté parlementaire au vu des pratiques institutionnelles de la III^{ème} République. La pensée d'Esmein n'est sans doute pas étrangère à l'attention que porte Carré de Malberg au jeu institutionnel. En 1931, lorsque ce dernier reconnaît l'existence d'une souveraineté d'organe, la souveraineté parlementaire, et nie par la même occasion la portée en droit positif de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il n'hésite pas à faire appel à « ce que le maître Esmein appelait naguère, d'un mot puissant, « la logique des institutions » »¹¹.

En fait, Carré de Malberg dénonce la souveraineté parlementaire, qui résulte de l'usurpation par le Parlement de la souveraineté nationale sous la III^{ème} République, dans le silence des lois constitutionnelles de 1875 sur les prérogatives du Parlement. Il met en évidence, tant dans *La loi...* que dans les *Considérations*, le fait que le Parlement s'approprie la souveraineté nationale par le biais de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Ce dernier dispose que « la Loi est l'expression de la volonté générale [...] ». Selon Carré de Malberg, par révérence vis-à-vis de ce principe, les lois constitutionnelles de 1875 n'ont pas apporté de limite à l'exercice du pouvoir législatif. Il en ressort que l'organe législatif n'est pas lié par la Constitution dans l'exercice de ses prérogatives. En effet, la Constitution de 1875 ne prévoit pas de domaine de la loi. La loi est donc susceptible d'intervenir dans toute matière que le législateur souhaite encadrer. Carré de Malberg insiste sur le fait que l'absence de limite posée par la Constitution à l'exercice du pouvoir législatif induit que le Parlement est maître de la répartition des compétences entre l'exécutif et le législatif. Ainsi, il ne saurait être reproché au Parlement qu'il n'épuise pas sa compétence ni qu'il l'excède. Précisément, la Constitution de 1875 ne prévoit que des conditions formelles à l'adoption de lois, qui ne sauraient constituer un obstacle à la reconnaissance d'une souveraineté d'organe ; le Parlement est une « puissance qui ne relève d'aucune autre ». Nous retiendrons cette définition de la souveraineté d'organe, qui a connu des émules, comme le

⁷ *Ibid.*, p. 87.

⁸ *Ibid.*

⁹ Adhémar ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, L. Larose, 1896, p. 4.

¹⁰ *Ibid.*, p. 3.

¹¹ Raymond CARRÉ DE MALBERG, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *op. cit.*, p. 231.

doyen Vedel, qui affirme : « Comme Carré de Malberg l'avait lumineusement montré à propos de la Constitution de 1875, le droit public français est toujours inspiré par deux principes plus ou moins conscients : l'un est que la loi « expression de la volonté générale » est la manifestation même de la souveraineté ; l'autre est que le Parlement (aujourd'hui l'Assemblée nationale) exprime de manière directe la volonté générale. Au confluent de ces deux principes s'inscrit l'idée que *le pouvoir législatif est d'une essence et d'une majesté particulières, qu'il ne se définit pas comme une compétence parmi d'autres, mais comme l'expression même de la souveraineté* »¹².

Chez Carré de Malberg la souveraineté parlementaire constitue une brèche dans le fonctionnement démocratique d'une République. L'expression a une occurrence notable dans la littérature juridique ultérieure, sous la IV^{ème} République. S'inscrivant dans une perspective similaire à celle de Carré de Malberg, René Capitant traite de la souveraineté parlementaire en pathologie de la République¹³. Chez Carré de Malberg comme chez Capitant, la souveraineté parlementaire correspond à une confiscation de la souveraineté populaire. Les deux auteurs proposent de manière analogue de réintroduire le corps des citoyens au fondement de la production législative par deux moyens : un contrôle de constitutionnalité des textes législatifs et un référendum d'initiative populaire pour exercer un droit de veto sur tout texte législatif ou pour révoquer un élu.

La Constitution de la V^{ème} République a institué une véritable juridiction constitutionnelle susceptible de connaître effectivement des recours formés contre les textes adoptés par le Parlement. On a cessé dès lors de parler de souveraineté parlementaire, en ce sens que les actes du Parlement étaient désormais contrôlés. Cependant, certains actes du Parlement échappaient à tout juge, tant au juge ordinaire qu'au juge constitutionnel, suivant la théorie des actes parlementaires. Le Doyen Louis Favoreu dans sa thèse revient sur ces actes du Parlement insusceptibles de recours et en déduit l'existence d'un déni de justice à leur en droit, étant donné « l'impossibilité pour le plaideur d'obtenir confrontation, par un juge, de sa situation aux règles de droit applicables, à la suite d'une défaillance dans l'organisation ou le fonctionnement de l'appareil juridictionnel »¹⁴. Le cas de l'injusticiabilité d'un acte n'est donc pas constitutif d'un déni de justice lorsque l'injusticiabilité de l'acte est conforme au fond du droit. A notre sens, certains actes du Parlement ont vocation à être injusticiables, en vertu de règles de fond, et donc que le déni de justice n'est pas nécessairement constitué en ce qui les concerne.

La thèse soutenue dans cette communication est que la souveraineté parlementaire réduite à sa portion congrue, l'autonomie parlementaire, ne constitue plus nécessairement une anomalie démocratique de l'ordre du déni de justice, et procède également de la mise en œuvre de règles de fond tirées du principe de séparation des pouvoirs. Si la souveraineté d'organe est toujours d'actualité et donne encore lieu à un constat d'injusticiabilité générale des actes non législatifs du Parlement (I), elle connaît un traitement spécifique par le juge au nom de la nécessaire conciliation entre deux impératifs démocratiques : le droit au recours et la séparation des pouvoirs (II).

¹² Georges VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1949, p. 477 (nous soulignons).

¹³ René CAPITANT, « Le conflit de la souveraineté parlementaire et de la souveraineté populaire en France depuis la Libération », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, avril 1954, IV, n° 14, p. 153.

¹⁴ Louis FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1965, p. 28.

I. L'injusticiabilité réduite des actes du Parlement

Sous la V^{ème} République, les actes législatifs du Parlement ont commencé de faire l'objet d'un réel contrôle, tant de constitutionnalité que de conventionnalité (A). Les actes non-législatifs ont de longue date échappé au contrôle de juge et continuent de le faire, en vertu de la théorie des actes parlementaires (B.)

A. Le développement d'un contrôle des actes du Parlement

Carré de Malberg consacre une partie significative de son raisonnement portant sur la souveraineté parlementaire au cas choquant de l'inconstitutionnalité non censurée de la loi. Ainsi, il constate qu'en l'absence d'un mécanisme de contrôle de constitutionnalité, les citoyens n'ont pas la garantie que le Parlement respecte les dispositions, somme toute laconiques, prévues par la Constitution quant au fond de la loi¹⁵. Une véritable rupture se produit du fait de la V^{ème} République dans la conception du rôle institutionnel dévolu au Parlement. Ce n'est pas un hasard si la doctrine s'accorde pour reconnaître une rationalisation du Parlement sous la V^{ème} République. Ainsi, l'article 11 de la Constitution de la V^{ème} République prévoit un référendum législatif, ce qui implique que les lois qui ne sont pas élaborées par ce biais ne représentent pas nécessairement la volonté générale¹⁶ ; la loi peut donc être contraire à la volonté du corps des citoyens et une forme aboutie de contrôle de constitutionnalité se justifie alors. S'agissant des actes législatifs, qui ont préoccupé particulièrement Carré de Malberg, un contrôle constitutionnel *a priori* est instauré dès l'institution de la V^{ème} République à l'article 61 de la Constitution, obligatoire s'agissant des règlements des assemblées, à l'occasion de leur adoption et de leur modification, et facultatif s'agissant de la loi ordinaire sur saisine du Premier Ministre, du président de l'Assemblée nationale, du président de Sénat, et depuis 1974 de 60 députés ou de 60 sénateurs. Un contrôle constitutionnel *a posteriori* de la loi est instauré en 2009 à l'article 61-1 de la Constitution.

Le fait que des actes législatifs puissent être contrôlés par le Conseil constitutionnel apporte la garantie que l'acte législatif est conforme aux dispositions constitutionnelles qui sont réputées l'encadrer et s'imposer à lui. Il mérite d'être noté que le fait que l'article 6 de la Déclaration de l'Homme et du Citoyen ait été incorporé au Préambule de la Constitution sous la IV^{ème} République et que la V^{ème} République ait pérennisé cette référence et qu'une valeur juridique certaine lui ait été reconnue en droit positif par la décision Liberté d'association¹⁷, est sans incidence sur le constat d'un recul de la souveraineté parlementaire. Une décision du juge constitutionnel en 1985 vient confirmer cet état de fait : par l'obiter dictum « la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution », le Conseil constitutionnel consacre la rupture avec l'idée que la loi adoptée par le Parlement constitue systématiquement une manifestation de la volonté générale¹⁸. En réalité, la pratique institutionnelle en revient à l'esprit du droit constitutionnel de la Révolution tel qu'il se donne à voir dans les débats parlementaires, où, par référence à la loi, il était sous-entendu que

¹⁵ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁶ Louis FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, p. 51-52.

¹⁷ Conseil constitutionnel, Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec. p. 29

¹⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, Rec. p. 70, cons. 27.

c'était la Constitution qui devait exprimer la volonté générale en régime républicain¹⁹. Il n'est pas certain que la rupture soit totale, étant entendu que la formule de 1985 conserve le Parlement comme instance donnant voix en dernière analyse à la volonté générale, bien que les règles d'expression de cette dernière soient plus explicites et substantielles. Cet état de fait semble indiquer la survie du principe de souveraineté parlementaire sous une forme circonscrite, nous y reviendrons.

D'autres éléments confirment l'impression d'un maintien de la souveraineté parlementaire. La V^{ème} République n'a pas consacré un système de contrôle systématique de la loi adoptée avant sa promulgation. Les raisons expliquant le caractère facultatif du contrôle de la loi sont nombreuses, tiennent tant aux moyens et délai de contrôle par une juridiction telle que le Conseil constitutionnel qu'au bien-fondé d'un contrôle systématique. Cela dit, un contrôle systématique aurait empêché qu'un exercice illégitime de la souveraineté parlementaire l'emporte. Le cas de l'article 60 de la loi n°2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine est édifiant à cet égard. Par un véritable cavalier législatif, le Parlement a été en mesure de circonscire les cas de recours formés contre ses actes. Outre les cas de la responsabilité de l'Etat à raison des dommages du fait des services des assemblées parlementaires et les litiges d'ordre individuel concernant les fonctionnaires des assemblées parlementaires, l'article 8 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires prévoit, depuis la loi du 1^{er} août 2003, le cas des litiges individuels relatifs aux marchés publics. Cette liste limitative des litiges impliquant les assemblées parlementaires et susceptibles d'être portés devant le juge ordinaire s'entend comme une exception au principe général d'injusticiabilité des actes non législatifs du Parlement. En réalité, l'exemple de la loi du 1^{er} août 2003 est d'autant plus frappant, en ce qui nous concerne, qu'il rappelle d'abord que la loi non contrôlée, partiellement inconstitutionnelle, devient expression légitime de la volonté générale, ce qui est une première manifestation de la souveraineté parlementaire, et qu'ensuite le législateur adopte une disposition préservant l'injusticiabilité des actes devant le juge ordinaire.

S'agissant du juge ordinaire justement, il s'est refusé de manière constante à contrôler la constitutionnalité des actes législatifs du Parlement²⁰. Il n'est pas surprenant que le commissaire du gouvernement Latournerie tienne les propos suivants dans ses conclusions sur la décision *Arrighi* : « dans la théorie et aussi dans la pratique de notre droit public, le Parlement reste l'expression de la volonté générale et ne relève à ce titre que de lui-même et de sa propre volonté »²¹. De plus, le juge ordinaire a exprimé des réticences à se saisir du contrôle de conventionnalité de la loi. Les conclusions du commissaire du gouvernement Frydman le démontrent : le juge administratif ne saurait en principe contrôler la loi, par « humilité face au législateur »²². La décision IVG du Conseil constitutionnel a ouvert la voie à un tel contrôle par les juridictions ordinaires, étant donné qu'il a estimé qu'il n'était

¹⁹ Philippe BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale: « la loi votée ... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »*, Paris, PUF, 2001.

²⁰ Cass Crim., 11 mai 1833, S. 1833, 1, p. 357 ; CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, Rec. p. 966 ; D. 1938, p. 1, concl. Latournerie, note Eisenmann.

²¹ Roger LATOURNERIE, conclusions sur CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, D. 1938, p. 1.

²² Patrick FRYDMAN, conclusions sur CE, Ass, 20 octobre 1989, *Nicolo*, RFDA. 1989 p. 813.

pas de sa compétence d'effectuer le contrôle de conventionnalité des lois²³. Ainsi, le juge ordinaire a tiré de l'article 55 de la Constitution une habilitation à contrôler la loi²⁴. C'est bien la préoccupation du « déni de justice »²⁵ qui conduit la Cour de Cassation à se saisir de ce contrôle.

La décision Nicolo ne vient que confirmer une moins grande révérence du juge administratif vis-à-vis du principe de souveraineté parlementaire appliqué aux actes non législatifs du Parlement. Avant même l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 17 novembre 1958, le Conseil d'Etat a pu se reconnaître compétent pour des litiges mettant en cause un travail public²⁶ ou lorsque les questeurs des assemblées parlementaires ne contestent pas sa compétence²⁷. L'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 a donné lieu à une extension de la compétence du juge administratif, et partant de son contrôle, à l'égard des actes non législatifs du Parlement, à l'invitation du commissaire du gouvernement Guldner, qui s'inquiète dans l'affaire Girard des faibles possibilités de recours à l'encontre des actes non législatifs du Parlement : « nous ne dissimulons pas les graves inconvénients de la jurisprudence que vous inspire votre discrétion à l'égard des assemblées parlementaires. Elle aboutit à priver de juge un assez grand nombre d'agents de l'Etat et [...] à abandonner au bon vouloir des bureaux des assemblées les victimes des dommages causés par le fonctionnement desdites assemblées »²⁸.

A ce titre, le contrôle du juge ordinaire vis-à-vis des actes non législatifs du Parlement a paru s'étendre encore récemment. La décision *Président de l'Assemblée nationale*, rendu par le Conseil d'Etat le 5 mars 1999²⁹, a consacré la compétence du juge administratif dans une hypothèse non prévue par l'ordonnance du 17 novembre 1958, le litige individuel relatif aux marchés publics des assemblées parlementaires. Sous l'effet du droit européen, en particulier les directives n° 89-665 du 21 décembre 1989 et n° 92-13 du 25 février 1992, dites directives recours, le Conseil d'Etat se voit contraint de se prononcer sur le litige qui lui est soumis, en que juge de droit commun du droit de l'Union européenne. Si le droit au recours face aux décisions prises par les entités adjudicatrices n'est pas effectif, l'Etat encourt une sanction pour manquement au droit européen. Sachant que le droit de l'Union européenne ne distingue pas les assemblées parlementaires au sein des entités adjudicatrices, le juge administratif était contraint d'admettre sa compétence en l'espèce.

Cependant, ce contentieux aura pu être l'occasion d'une extension encore plus significative de la compétence du juge administratif. En effet, les conclusions du commissaire du gouvernement Bergeal ont plaidé, comme par écho à celle du commissaire du gouvernement Guldner, en faveur de l'élargissement du champ de compétence de la juridiction administrative à l'égard des actes des assemblées parlementaires³⁰. Elles n'ont pas été suivies par l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat. Toutefois, le développement du contrôle des actes non législatifs du Parlement est certain et attesté, selon Pierre Bon, par deux

²³ Conseil Constitutionnel, Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Rec. p. 19.

²⁴ Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, D. 1975. 497, concl. Touffait ; CE, Ass, 20 octobre 1989, *Nicolo*, R.F.D.A. 1989 p. 813, concl. Frydman, note Genevois.

²⁵ Adolphe TOUFFAIT, conclusions sur Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, D. 1975. 497.

²⁶ CE, 3 février 1899, *Héritiers de Joly*, S. 1899. III. 121, note M. Hauriou ; CE, 19 janvier 1921, *Buquet*, Lebon 62.

²⁷ CE, 26 janvier 1934, *Ronsin*, Lebon 137.

²⁸ Erwin GULDNER, conclusions sur CE, 31 mai 1957, *Girard*, D. 1957. 430.

²⁹ CE, 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, RFDA 1999 p. 333, concl. Bergeal.

³⁰ Catherine BERGEAL, conclusions sur CE, 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, RFDA 1999 p. 333.

éléments : le fait que le juge ordinaire a prouvé qu'il était en mesure de s'estimer compétent hors référence aux hypothèses prévues par l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 et le fait que le recueil *Lebon* enregistre la décision *Président de l'Assemblée nationale* comme revirement de jurisprudence par rapport aux décisions *Carrey de Bellemare* du 15 novembre 1872³¹ et *Girard* du 31 mai 1957, qui ont en commun de refuser le critère matériel de compétence du juge administratif à l'égard d'un acte non législatif des assemblées parlementaires de nature administrative³². Une réserve s'impose à ce constat : l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 affirme expressément que les instances qui y sont visées sont « les seules susceptibles d'être engagées contre une assemblée parlementaire » et il faut en déduire que la compétence du juge administratif, lorsqu'elle n'est pas prévue par l'article 8, supposera de trouver un autre fondement législatif, susceptible de faire concurrence à la lettre de l'article 8.

Ainsi, tant les actes législatifs que les actes non-législatifs du Parlement font l'objet d'un contrôle par des juridictions, la juridiction compétente étant déterminée selon la prérogative exercée par le Parlement. Lorsqu'il exerce sa fonction législative, le Parlement est soumis au contrôle du Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori*, même lorsque la loi est relative au fonctionnement des assemblées parlementaires³³. Quand les assemblées parlementaires prennent des décisions détachables de la fonction législative du Parlement, leurs actes sont susceptibles de faire l'objet d'un recours devant la juridiction administrative, sans que les hypothèses de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 soient réputées épuiser le champ de compétence du juge administratif. Cet article admet par ailleurs en faveur de la juridiction judiciaire une partie du contentieux de la responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par les services des assemblées parlementaires.

Cela dit, le Doyen Favoreu écrit sa thèse après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 17 novembre 1958 et estime que le déni de justice est malgré tout constitué s'agissant des actes du Parlement. Le constat qu'il fait à l'égard des actes législatifs du Parlement ne conserve pas la même actualité que celui effectué vis-à-vis des actes non législatifs du Parlement. En effet, comme nous l'avons vu, le contrôle des actes législatifs du Parlement s'est considérablement renforcé par le biais des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi, d'ailleurs dans le sens des préconisations de Louis Favoreu, comme en témoigne la reconnaissance en 1971 du préambule de la Constitution comme une norme de référence du Conseil constitutionnel³⁴. Il semble dès lors que l'injusticiabilité des actes du Parlement remarquée par Louis Favoreu et qui trouve son fondement dans le principe de souveraineté parlementaire, trouve une pérennité à travers les actes non-législatifs du Parlement.

B. Le maintien de la théorie des actes parlementaires

³¹ CE, 15 novembre 1872, *Carrey de Bellemare*, Lebon 591, concl. Perret.

³² Pierre BON, « Le contrôle des actes non législatifs du Parlement : toujours un déni de justice ? », *Renouveau du droit constitutionnel: mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1065-1082, spé. p. 1070.

³³ Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011, Rec. p. 239, après un premier refus de transmission d'une QPC dans la décision CE, 24 septembre 2010, *M. Patrick D.*

³⁴ Louis FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, op. cit., p. 72.

S'il semble qu'à l'échelle du contrôle des actes du Parlement des îlots d'injusticiabilité demeurent, à l'échelle des actes non législatifs, l'injusticiabilité est la norme, commandée par le principe de souveraineté parlementaire.

La souveraineté parlementaire continue, en fait, d'inspirer indirectement les décisions des juridictions suivant deux types de considérations, d'une part celles relatives à l'appréciation souveraine du législateur, d'autre part, celles relatives à l'organisation du travail parlementaire et au fonctionnement des services des assemblées parlementaires, eu égard au principe d'autonomie de ces dernières. Ce second type de considérations, les plus nombreuses, porte sur les actes non législatifs du Parlement et est alimenté par la théorie des actes parlementaires. En effet, la théorie des actes parlementaires paraît être le terreau encore fertile de déclinaisons du principe de souveraineté parlementaire en ce qui concerne les actes non législatifs du Parlement.

La théorie des actes parlementaires commande une injusticiabilité qui est largement admise, de longue date, par les deux ordres de juridiction. Le Conseil d'Etat, dès 1872, considère qu'il n'est pas de sa compétence de se prononcer sur l'acte pris par une commission exclusivement composée de députés dont l'objet est la révision individuelle des grades des officiers : « la chambre des députés fait partie des pouvoirs constitués dans lesquels réside la *souveraineté* [...] à ce titre ses actes et notamment son règlement délibéré en séance publique ne peuvent tomber dans le domaine de l'appréciation des tribunaux »³⁵.

Cette théorie semble inséparable d'une conception du Parlement en termes de souveraineté. A ce titre, les actes parlementaires échappent « à la compétence de toutes les juridictions parce que les deux chambres font partie des pouvoirs publics dans l'ensemble desquels réside l'exercice de la *souveraineté* », selon le mot d'Eugène Pierre, Secrétaire général à la Chambre des députés sous la troisième République³⁶.

Par transitivité, il est facile d'identifier le Parlement avec le souverain lorsqu'elle prend des actes relatifs à son fonctionnement, ce que Marcel Prélôt démontre: « Il est parfaitement logique que l'autonomie totale soit reconnue aux assemblées : du point de vue du droit parlementaire [...] il suffit simplement de recourir au principe que l'assemblée, souveraine dans l'État est d'abord souveraine en ce qui la concerne »³⁷. Cette position vient au soutien de l'immunité juridictionnelle des actes non législatifs du Parlement.

Cette position peut paraître surannée. Dans le cadre de la V^{ème} République, où le Parlement ne peut jouer de manière si évidente le rôle « d'organe suprême de la nation »³⁸, il aurait été attendu que les juridictions abandonnent la justification de l'immunité juridictionnelle des actes non législatifs du Parlement en termes de souveraineté. La référence demeure cependant. Le juge invoque encore le principe de souveraineté nationale, comme le prouve encore récemment l'examen par le juge administratif de la sanction disciplinaire imposée à un député : « Considérant que le règlement de l'Assemblée nationale détermine les peines disciplinaires applicables à ses membres ; que le régime de sanction ainsi prévu fait partie du

³⁵ CE, 15 novembre 1872, *Carrey de Bellemare*, Lebon 591, concl. Perret (nous soulignons).

³⁶ Eugène PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Paris, May, Motteroz, 1893, p. 1103 (nous soulignons).

³⁷ Jean-Claude FORTIER, « Le contrôle du juge sur les actes administratifs des Assemblées parlementaires », *Actualité Juridique Droit Administratif*, 20 mars 1981, p. 128, spé. p. 129.

³⁸ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, op. cit., p. 87.

statut des parlementaires, dont les règles particulières découlent de la nature de leurs fonctions ; que ce régime se rattache à l'exercice de la *souveraineté nationale* par les membres du Parlement ; qu'il en résulte qu'il n'appartient pas au juge administratif de connaître des litiges relatifs aux sanctions infligées par les organes d'une assemblée parlementaire aux membres de celle-ci, lesquelles sont des actes parlementaires et non des décisions administratives »³⁹.

Par cette référence constante à la part de souveraineté que le Parlement incarne, la théorie des actes parlementaires survit au changement de régime, et en particulier à l'ordonnance du 17 novembre 1958. Il pourra être objecté qu'en réalité l'ordonnance opère une véritable révolution. En effet, l'ordonnance du 17 novembre 1958 ne comprendrait pas deux correctifs, mais deux séries de correctifs. Chacun de ces correctifs peut être l'occasion d'une mise en cause plus générale, plus indirecte et en série, des actes parlementaires. En effet, le juge avance que les cas énumérés par l'article 8 permettent d'évoquer à l'occasion d'un litige individuel, par voie d'exception, la légalité d'autres actes non législatifs du Parlement, à caractère réglementaire. Tel est le cas en matière de statut des agents⁴⁰. L'attitude bienveillante du juge à l'égard des questions de légalité formulées par voie d'exception à l'égard des dispositions réglementaires du droit des assemblées parlementaires n'est pas garantie, dès lors que les décisions *M. Patrick D.* et *M. Dominique P.* ne sont peut-être que des évolutions subies avec réticence par le juge sous l'effet de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit au recours, condition du droit au procès équitable, posé par son article 6 §1.

Le nombre limité d'exceptions à l'incompétence générale du juge administratif à l'égard des actes non législatifs du Parlement, prévu à l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958, laissent penser que l'injusticiabilité s'agissant des actes des assemblées parlementaires n'est pas nécessairement le fait de la théorie prétorienne des actes parlementaires mais également celui du législateur. Plutôt que de s'en tenir à rappeler la règle générale d'incompétence hors des cas prévus par la loi, le juge administratif, dans les décisions *M. Patrick D.* et *M. Dominique P.*, rappelle l'impossibilité, résultant des règles de fond tirées de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958, pour un requérant de former un recours, par voie d'action, contre un acte non-législatif du Parlement de nature réglementaire.

A la vérité, il n'est pas certain que l'injusticiabilité de ces actes non législatifs du Parlement, même dans le cadre de la théorie des actes parlementaires dégagée par le juge, donne lieu à un déni de justice, dans la mesure où elle paraît résulter de règles de fond, principalement liées à la survivance de la souveraineté parlementaire, l'autonomie parlementaire.

II. L'injusticiabilité irréductible des actes du Parlement

Réduite au principe d'autonomie parlementaire, la souveraineté parlementaire constitue un impératif démocratique (A). Dans le but de ne pas porter une atteinte excessive au principe de souveraineté parlementaire, le juge revendique une réserve d'incompétence (B).

³⁹ CAA Paris, 12 juillet 2016, AJDA 2016. 2058, concl. C. Cantié (nous soulignons).

⁴⁰ CE, 24 septembre 2010, *M. Patrick D.*, confirmé par CE, 28 janvier 2011, *M. Dominique P.*

A. L'autonomie parlementaire, fondement de la souveraineté parlementaire

L'injusticiabilité pour incompétence du juge administratif, sur le fondement de la référence à l'exercice de la souveraineté nationale dans ses décisions relatives aux actes non législatifs du Parlement, n'entraîne pas un déni de justice, dès lors que des règles de fond viennent justifier l'injusticiabilité des actes non législatifs du Parlement. En particulier, au titre de ces règles de fond figure le principe d'autonomie parlementaire, qui se déduit du principe de séparation des pouvoirs consacré par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

L'analogie souvent effectuée dans la doctrine entre les actes de gouvernement et les actes parlementaires⁴¹ se comprend à la lumière du principe de séparation des pouvoirs. L'analogie tient en ce que chacune de ces théories vise à protéger du recours les actes portant sur les éléments consubstantiels aux organes exécutif et législatif en tant que pouvoirs. Elle s'arrête du fait d'une logique consacrée sous la V^{ème} République dans l'article 20 de la Constitution : il revient à l'organe exécutif de disposer de l'administration, l'autonomie de ce dernier est donc un non-sujet. Dès lors, les actes et les autorités disposant d'un pouvoir normatif au sein de l'organe exécutif sont qualifiées d'administratifs, là où leurs équivalents au Parlement du point de leurs attributions n'ont pas cette qualification et nécessitent une protection particulière eu égard aux missions qui revient au Parlement en tant que pouvoir.

L'autonomie parlementaire, composante du principe de séparation des pouvoirs, est au nombre des règles de fond qui s'imposent au juge dans la conciliation qu'il opère entre les droits et libertés que la Constitution garantit. A ce titre, il ne paraît pas absurde de considérer que le juge constitutionnel pourrait être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité au regard d'un texte législatif portant éventuellement une atteinte excessive à l'autonomie parlementaire, sous réserve de l'examen de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité effectué par le juge ordinaire. L'ordonnance du 17 novembre 1958 a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, mais dans le sens de la protection du droit au recours effectif tiré de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁴².

S'il n'est pas expressément consacré dans les textes ou dans la jurisprudence, le principe d'autonomie parlementaire s'entend comme la règle d'organisation des pouvoirs publics qui prévoit que le Parlement dispose d'une liberté d'action assurant à ses membres les conditions d'un exercice non entravé de leurs missions constitutionnelles, soit voter la loi et contrôler le gouvernement. Ce principe se décline suivant les instances où la liberté d'action du Parlement est susceptible d'être inquiétée.

Ainsi, en premier lieu, le principe d'autonomie parlementaire trouve une première déclinaison dans le principe d'autonomie normative. De manière générale, « l'organisation et le fonctionnement des Assemblées parlementaires opposent, par tradition et par principe, une certaine résistance à l'intervention de règles qui ne soient pas internes aux assemblées »⁴³.

⁴¹ Jean-Claude FORTIER, « Le contrôle du juge sur les actes administratifs des Assemblées parlementaires », *op. cit.*

⁴² Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011, *op. cit.*

⁴³ Laurent DOMINGO, *Les actes internes du Parlement: étude sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie)*, Clermont-Ferrand, LGDJ, coll. « Fondation Varenne », 2008, p. 66.

Dès lors, en omettant l'ensemble des actes internes du Parlement de la compétence d'attribution du Conseil constitutionnel prévue à l'article 61, le Constituant a entendu protéger la prérogative des autorités du Parlement de se doter des règles nécessaires à l'exercice de son activité. Les actes pris pour l'organisation du travail parlementaire en formations telles que les commissions, pour l'exercice de la fonction de contrôle du gouvernement, échappent à la compétence du juge administratif, du fait, implicitement, de l'autonomie normative reconnue aux autorités des assemblées parlementaires. Ainsi, l'acte portant publicité du rapport d'une commission d'enquête est insusceptible de recours devant le juge ordinaire : « 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 »⁴⁴. Autre exemple probant, les dispositions réglementaires fixant le statut des parlementaires relèvent de l'exercice de la même autonomie normative. Le juge ordinaire s'est reconnu incompétent à l'égard de toute composante de ce statut, notamment le régime de sanction disciplinaire prévu pour tout manquement des parlementaires aux obligations prévues aux chapitres XIV RAN et XVII RS⁴⁵.

Certaines règles de fond sont relatives aux moyens employés par les assemblées parlementaires, libres en théorie de fixer ces derniers. Ainsi, cette faculté constituait un « pouvoir originaire et propre à chaque chambre »⁴⁶ que seule une norme de valeur au moins législative, en l'occurrence l'ordonnance du 17 novembre 1958, est susceptible de régler. Malgré l'association du juge administratif des comptes à l'élaboration de la dotation financière des assemblées parlementaires depuis 1958, la souveraineté financière des assemblées parlementaires s'impose au juge administratif du seul fait qu' « il ressort du [compromis de la Constitution de 1958] que si la souveraineté financière du Sénat est limitée lors de l'établissement de la dotation, elle demeure entière pour l'exécution de celle-ci »⁴⁷. Cependant, le législateur est intervenu pour que les comptes des assemblées parlementaires soient soumis à certification par la Cour des comptes. En effet, depuis l'exercice budgétaire 2013, les comptes des assemblées parlementaires sont certifiés en vertu de l'article 58 de la loi organique n°2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances. Les assemblées parlementaires disposent également de leur propre personnel. La seule exception à ce principe concerne les personnels civils et militaires mis par le Gouvernement à la disposition de la Commission de la défense nationale et des forces armées et de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de chaque assemblée pour des missions de « simple information », en application des articles 18 RAN et IX de l'IGB du Sénat. Il a été considéré que le fait que ces personnels détachés exercent *in fine* les mêmes missions que les administrateurs des commissions constituait une « brèche sérieuse dans le

⁴⁴ CE, 16 avril 2010, Fédération chrétienne des témoins de Jehova France, Lebon 114, Dr. adm. juin 2010, note Melleray.

⁴⁵ CAA Paris, 12 juillet 2016, *op. cit.*

⁴⁶ Jean-Claude FORTIER, « La cinquième République et le principe de l'autonomie budgétaire des Assemblées », *La Revue Administrative*, 1980, vol. 33, n° 198, pp. 585-592, p. 586.

⁴⁷ SÉNAT, *Pour connaître le Sénat*, Paris, la Documentation française, 1975, p. 62.

principe [...] de la souveraineté parlementaire [qui exige] que l'on en revienne à une application stricte de l'instruction du Bureau »⁴⁸.

En réalité, l'autonomie des assemblées parlementaires dans la détermination des règles applicables à son activité et dans la fixation des moyens consacrés à cette dernière procède d'une conception stricte de la séparation des pouvoirs, que la juridiction administrative adopte. En effet, cette dernière fonde historiquement sa compétence au regard de l'administration au sens organique. Ainsi fallait-il non seulement que l'acte faisant l'objet d'un recours soit de nature administrative, mais encore qu'il soit édicté par une autorité administrative, pour que le juge administratif soit amené à en connaître valablement, suivant le mot de Laferrière à la suite de la décision *Carrey de Bellemare* : « le caractère d'acte d'administration ne suffit pas [...] pour que le Conseil d'Etat soit compétent sur le recours ; il faut en outre que l'acte émane d'un *corps administratif* (loi des 7-14 octobre 1790), d'une des *diverses autorités administratives* (loi du 24 mai 1872, art. 9) et tel n'est pas le cas lorsqu'il émane de l'autorité parlementaire, qui est en dehors de la hiérarchie administrative »⁴⁹. Cette conception était partagée et fondait la théorie des actes parlementaires. Ainsi, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler que « ni les Assemblées, ni les commissions formées en leur sein ne sont des autorités administratives »⁵⁰. Il en va de même dans la jurisprudence de la Cour de cassation⁵¹. D'ailleurs, le juge a continué de recourir expressément aux sources évoquées par Laferrière pour justifier son incompétence à l'égard des actes non législatifs du Parlement. L'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat, précisément son article 32, a fondé cette position sous la IV^{ème} République⁵² et sous la V^{ème} République.

Une telle conception du principe de séparation de pouvoirs a été retenue par le Conseil constitutionnel également, lorsqu'après avoir reconnu la valeur constitutionnelle de ce principe⁵³, en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République⁵⁴, il a défini l'office du juge administratif explicitement en référence au pouvoir exécutif : « Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par *les autorités exerçant le pouvoir exécutif*, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »⁵⁵. Le critère organique est ici explicite.

⁴⁸ Jacques-Sylvain KLEIN, « Une carrière administrative peu connue. Le fonctionnaire parlementaire. », *La Revue Administrative*, 1 mars 1980, n° 33, p. 131, p. 134.

⁴⁹ Édouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., Paris, Berger-Levrault et Cie, 1896, tome 2, p. 24, note 1.

⁵⁰ CE, 2 juillet 1880, *Valentin*, Lebon 619.

⁵¹ Cass 30 janvier 1883, *Baudry d'Asson*, S. 1883. I. 111.

⁵² CE, 26 mai 1950, *Vouters*, Lebon 317, concl. Agid.

⁵³ Conseil constitutionnel, Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, Rec. p. 27, cons. 9.

⁵⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 80-119 DC du 7 juillet 1980, Rec. p. 46, cons. 6

⁵⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 86-224 DC du 21 janvier 1987, Rec. p. 8 (nous soulignons).

Le critère organique de compétence du juge administratif justifiait l'indignation d'Eugène Pierre lorsque le Conseil d'Etat a accepté de connaître du recours formé par les héritiers de l'architecte Jules de Joly : « Il nous paraît bien difficile de concilier l'arrêt de compétence rendu par le Conseil d'État avec les principes de notre droit public qui veulent que, pour être indépendantes, les Chambres soient entièrement, absolument maîtresses chez elles »⁵⁶. C'est bien parce que le principe de séparation des pouvoirs commande que les assemblées parlementaires sont hors de la hiérarchie administrative qu'elles peuvent revendiquer d'être « maîtresses chez elles » (Eugène Pierre).

Cette position se comprend. En effet, soumettre les assemblées parlementaires à la juridiction administrative pourrait conduire à insérer les autorités d'administration des chambres dans une hiérarchie administrative à l'échelle de l'Etat. Le risque d'une telle démarche est d'enlever tout degré de souveraineté au Parlement et à ses actes. Un transfert de souveraineté s'opérerait alors au profit du juge. Lorsqu'il propose de rendre au corps des citoyens sa souveraineté par l'instauration d'un référendum de ratification des décisions du Parlement, Carré de Malberg procède à une relativisation du caractère souverain du Parlement, qui n'est pas sans rappeler celle que constituerait l'insertion des assemblées parlementaires dans une hiérarchie administrative, suivant le critère organique. En effet, les deux procédés auraient les mêmes conséquences. Carré de Malberg retient que l'instauration d'un référendum ferait du Parlement une « simple autorité »⁵⁷, qui ne participerait à la formation de la volonté générale que « pour chercher et proposer l'expression qu'il convient de donner à celle-ci; il ne remplit ainsi qu'un office de *fonctionnaire* »⁵⁸. Une justiciabilité élargie des actes du Parlement fait redouter une mise en cause du principe d'autonomie parlementaire et conduit aux interprétations les plus rigoristes du principe de séparation des pouvoirs, de peur que le Parlement n'exprime plus la volonté générale, qu'il se réduise à une autorité et que ses membres ne soient, dans l'idée de Carré de Malberg, que les « fonctionnaires » d'une volonté générale qui ne serait plus l'apanage du Parlement, mais une prérogative non pas partagée avec le corps des citoyens, comme chez Carré de Malberg, mais avec le juge administratif.

Ce scénario anime le droit constitutionnel de la Révolution française, celui qui, dans un climat de défiance à l'égard de la justice des Parlements d'Ancien Régime, a consacré l'acte législatif comme l'expression de la volonté générale. Il inspire également les Républiques qui successivement ont revendiqué l'héritage constitutionnel de la Révolution française.

Dans ce cadre, le principe de séparation des pouvoirs exerce un pouvoir d'attraction considérable, chez ceux concernés par la protection de la liberté d'action du Parlement. Par exemple, une partie de la doctrine a pu considérer récemment que le juge ne saurait connaître des conditions de travail du collaborateur parlementaire, dans la mesure où ces conditions relèveraient de l'exercice du mandat parlementaire, et se rattacheraient « à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement » selon le vocabulaire consacré par la jurisprudence relative aux actes parlementaires. Le juge ne serait pas en mesure par ailleurs d'apprécier la réalité de la contribution du collaborateur à l'exercice du mandat de son

⁵⁶ Eugène PIERRE, *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, 2^e éd., Paris, Motteroz, 1902, p. 1348.

⁵⁷ Raymond CARRÉ DE MALBERG, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *op. cit.*, p. 229.

⁵⁸ *Ibid* (nous soulignons).

parlementaire⁵⁹. En outre, le contexte ne serait pas propice à un tel contrôle, le parlementaire étant candidat à l'élection présidentielle 2017. En l'espèce, la crainte que le juge puisse interférer avec l'expression de la volonté générale prend corps dans l'affaire des époux Fillon⁶⁰.

Le principe de séparation des pouvoirs, et partant la souveraineté parlementaire, ne justifie cependant pas, à notre sens, l'injusticiabilité des actes pris par le parlementaire en tant qu'employeur. L'injusticiabilité des actes du Parlement, telle qu'elle est commandée par le principe de séparation des pouvoirs, ne concerne que les actes qui se rattachent à l'exercice des missions constitutionnelles dévolues au Parlement. Elle se constate s'agissant des membres du Parlement et des agents des services des assemblées parlementaires, en ce sens que les premiers remplissent les missions constitutionnelles dévolues au Parlement et les seconds préparent l'exercice de ces missions par le Parlement. Au contraire, les collaborateurs ne préparent que l'activité de leur parlementaire. Leur activité est détachable en substance de celle des membres du Parlement et des agents des services des assemblées parlementaires. Qui plus est, en l'état actuel du droit, l'argument de l'inopportunité de poursuites en période électorale est infondé. Seules des considérations d'ordre moral peuvent amener le parquet, sur instruction ou de sa propre initiative, à renoncer à poursuivre le candidat suspecté d'avoir versé des rémunérations dépourvues de cause.

A la lumière de l'affaire des époux Fillon, il apparaît que l'invocation de la séparation des pouvoirs en vue de l'injusticiabilité d'actes pris au Parlement peut être « juridiquement infondée et politiquement dangereuse »⁶¹.

D'aucuns suggèrent de renoncer à l'interprétation organique de la séparation des pouvoirs, à l'emploi inadapté à la question de la justiciabilité des actes parlementaires, et rendre les actes non législatifs justiciables par l'adoption d'une interprétation matérielle de la séparation des pouvoirs.

B. La réserve du juge à l'égard d'un critère matériel

Le principe de séparation des pouvoirs appelle la théorie des actes parlementaires, en ce sens que les actes parlementaires ne peuvent être regardés, suivant le critère organique du droit administratif, comme des actes émanant d'autorités administratives.

Cependant, certains actes non-législatifs revêtent une nature administrative seulement voilée par la séparation des pouvoirs. Dans cette situation, le juge pourrait restreindre excessivement le droit constitutionnel au recours au nom de l'autonomie parlementaire.

L'exemple le plus probant tiré de la jurisprudence reste celui du statut des agents des assemblées parlementaires. A ce propos, la doctrine a pu estimer que l'absence de recours possible contre les actes réglementaires formant ce statut témoignait d'un conservatisme : « Elle témoigne d'une *fidélité régressive* à une conception organique de l'acte parlementaire et, partant, confère une portée excessive au principe de séparation des pouvoirs. Il aurait

⁵⁹ Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, « Collaborateurs parlementaires: respectons le droit », *Le Figaro*, 8 février 2017.

⁶⁰ Hervé BONNARD et Bertrand MATHIEU, « Affaire Fillon : « Il faut séparer le temps de la campagne et le temps de la justice » », *Le Figaro*, 1 février 2017.

⁶¹ Nicolas MOLFESSIS, « L'argument de la « séparation des pouvoirs ne peut sauver François Fillon » », *Le Monde*, 15 février 2017.

mieux valu, tout à l'inverse, parachever l'évolution favorable au critère matériel, en affirmant que ce principe doit être aujourd'hui compris comme n'autorisant à soustraire au juge administratif (même partiellement) que les actes qui se rattachent aux fonctions de souveraineté du Parlement, ce qui n'est évidemment pas le cas du statut du personnel »⁶².

Catherine Bergeal, commissaire du gouvernement à l'occasion de la décision *Président de l'Assemblée nationale*, appelle ouvertement à l'adoption d'un critère matériel pour l'appréciation de la justiciabilité des actes parlementaires : « 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. Rien ne nous paraît s'opposer à l'adoption des critères dégagés par votre décision *Falco et Vidailiac*, pour considérer 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 »⁶³. Avant elle, le commissaire du gouvernement Perret à l'occasion de la décision *Carrey de Bellemare* affirmait que « Lorsque nous aurons à rechercher si un acte est susceptible d'être attaqué devant vous pour excès de pouvoirs, nous nous attacherons donc beaucoup moins à l'origine et à la constitution de l'autorité qui aura fait cet acte, qu'à *la nature et au caractère des attributions* que cette autorité aura exercées »⁶⁴. A l'occasion de la décision *Falco et Vidailiac*⁶⁵, à laquelle le commissaire du gouvernement Catherine Bergeal fait référence, l'invitation à une approche matérielle des actes parlementaires s'est faite pressante, comme en témoignent les conclusions du commissaire du gouvernement Erwin Guldner : « Nous souhaiterions vivement que, faisant pour les actes se rapportant au service public de la législation, une *distinction analogue à celle que vous faites pour les actes se rapportant au service public de la justice*, vous puissiez vous reconnaître compétents pour statuer sur les 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 »⁶⁶. Cet appel trouve un écho aujourd'hui dans la doctrine : « il est temps, comme cela a été fait à propos du service public de la justice, de dissocier l'acte de l'autorité qui le prend en abandonnant le critère organique »⁶⁷. L'appel est d'autant plus retentissant que le contexte est plus favorable à la juridiction administrative qu'en 1872 ou en 1945 : « Faut-il rappeler que la décision Carré (*sic*) de Bellemare intervient six mois à peine, après le vote de la loi du 24 mai 1872, où votre existence même avait été remise en question devant l'Assemblée constituante ? En 1957 encore, les relations entre votre Haute Assemblée et les Assemblées parlementaires demeuraient parfois délicates et notre prédécesseur à ce pupitre, M. Guldner, n'hésita pas à faire état des pressions qui s'exercèrent à cette époque sur vous et des démarches inhabituelles qui furent nécessaires, pour récupérer le dossier du requérant communiqué à l'Assemblée. Est-il nécessaire de souligner à quelques mois de votre bicentenaire que le contexte historique n'est plus exactement le même ? »⁶⁸.

⁶² Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2014, p. 328 (nous soulignons).

⁶³ Catherine BERGEAL, conclusions sur CE, 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, RFDA 1999 p. 333.

⁶⁴ M. PERRET, conclusions sur CE, 15 novembre 1872, *Carrey de Bellemare*, Lebon 591 (nous soulignons).

⁶⁵ CE, Ass, 17 avril 1953, *Falco et Vidailiac*, Rec. 175, D. 1953.683, note Eisenmann ; RDP 1953.448, concl. Donnedieu de Vabres, note M. Waline ; JCP 1953.II.7598, note Vedel.

⁶⁶ Erwin GULDNER, conclusions sur CE, 31 mai 1957, *Girard*, D. 1957. 430 (nous soulignons).

⁶⁷ Pierre BON, « Le contrôle des actes non législatifs du Parlement : toujours un déni de justice ? », *op. cit.*, p. 1071.

⁶⁸ Catherine BERGEAL, conclusions sur CE, 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, RFDA 1999 p. 333.

La solution proposée dans la décision *Falco et Vidailiac*, déduite de l'arrêt *Préfet de Guyane*⁶⁹, consiste dans la distinction entre fonctionnement et organisation du service public de la justice, le juge administratif se reconnaissant compétent pour les actes relatifs à l'organisation du service public de la justice. Il s'agirait alors, si l'on en croit les commissaires du gouvernement Perret, Guldner et Bergeal, pour le juge administratif de se reconnaître compétent pour les actes relatifs à l'organisation d'un hypothétique service public de législation.

La distinction héritée de la décision *Falco et Vidailiac* ne peut être transposée aisément aux actes parlementaires. D'abord, la manière dont le juge tracerait la frontière entre ce qui relève des actes à « contenu constitutionnel ou parlementaire » et ceux à contenu « administratif »⁷⁰ rend perplexe. Un cas récemment soumis à l'appréciation du juge administratif témoigne de l'incertitude qui règne à ce sujet. S'agissant du contentieux relatif à une sanction disciplinaire infligée à un député en application du règlement, en raison de son comportement lors d'un débat parlementaire, le tribunal administratif de Paris a considéré que le régime des sanctions applicables aux membres d'une assemblée parlementaire « n'est pas détachable de l'exercice de la fonction législative dévolue au Parlement par la Constitution »⁷¹, de sorte que le litige ne pouvait pas relever de la compétence de la juridiction administrative. Cependant, en appel, cette motivation n'a pas été retenue par le juge, qui a retenu une conception organique de la séparation des pouvoirs. Au-delà de cette absence de consensus au sujet de l'adoption du critère matériel, le fond du litige doit interpeller. En effet, il pourrait être soutenu que les pouvoirs que le président de séance tient du règlement pour infliger des sanctions disciplinaires peuvent donner lieu à des décisions qui sont tantôt susceptibles de recours car relevant de la police administrative et tantôt injusticiables en tant qu'elles procèdent de prérogatives de souveraineté. La porosité des frontières entre organisation et fonctionnement du service public de la justice a par ailleurs été démontrée⁷². De manière générale, les difficultés liées à l'adoption du critère matériel avaient été pressenties pour les actes du Parlement à la suite de la décision *Falco et Vidailiac*⁷³.

Par ailleurs, le critère matériel tel qu'il est appliqué au service public de la justice est peut-être inadéquat, car le service public de la justice et celui de la législation n'ont pas le même rôle institutionnel. Suivant le principe de séparation des pouvoirs, il est admis par une part majoritaire de la doctrine que seuls l'organe exécutif et l'organe législatif sont des pouvoirs. Dès lors, transposer le critère matériel issu de la décision *Falco et Vidailiac* dans l'analyse jurisprudentielle des actes du Parlement impliquerait de proposer une nouvelle interprétation de la configuration des institutions. Serait alors ouverte la porte d'une requalification du Parlement en tant qu'autorité législative, pour reprendre le vocabulaire de Carré de Malberg et celui de l'article 64 de la Constitution consacrant une autorité judiciaire. En effet, comme dit *supra*, les autorités et les personnels des assemblées parlementaires pourraient en théorie faire partie d'une hiérarchie administrative au sein du pouvoir exécutif, en tant que pour la juridiction administrative, un service public est nécessairement exercé par le pouvoir

⁶⁹ TC, 27 novembre 1962, *Préfet de la Guyane*.

⁷⁰ Pierre BON, « Le contrôle des actes non législatifs du Parlement : toujours un déni de justice ? », *op. cit.*, p. 1073.

⁷¹ TA Paris, 24 juin 2015, AJDA 2015. 1692, concl. Weidenfeld.

⁷² Mattias GUYOMAR, « Que reste-t-il de la jurisprudence « Préfet de la Guyane » ? », *Bulletin d'information (Cour de cassation): diffusion de jurisprudence, doctrine et communications*, 1 novembre 2014, n°810, p. 49 et s., spé. p. 51.

⁷³ Jean-Marie AUBY, « Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958 », *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1959, p. 101 et s., spé. p. 102.

exécutif, et que, par ailleurs, « [le Gouvernement] dispose de l'administration et de la force armée »⁷⁴, selon l'article 20 alinéa 2 de la Constitution. La reconnaissance d'un service public de la législation induirait un rattachement des services des assemblées parlementaires au pouvoir exécutif. C'est ce risque que pointe le doyen Vedel dans sa note sous la décision *Falco et Vidaillac* : « [La décision *Falco et Vidaillac*] assimile toute activité de service public à une activité administrative, alors qu'il n'en est ainsi que dans la mesure où le service public considéré est sous l'autorité du pouvoir exécutif. Sur ce second point, le Conseil d'État n'a guère été fidèle à lui-même. S'agissant en effet de ses rapports comme juge avec le pouvoir législatif, le Conseil d'État donne son sens le plus large à l'idée qu'il n'est pas juge de l'organisation et du fonctionnement de tous les services publics, mais des seules activités de l'exécutif. Bien que les fonctionnaires des assemblées parlementaires participent à l'exécution d'un service public, ils ne peuvent pas pour autant faire le Conseil d'État juge de leurs intérêts de carrière, car, organiquement, leur service public n'est pas sous l'autorité de l'exécutif (et ici aucune distinction n'est faite entre l'organisation et le fonctionnement) »⁷⁵.

Pour l'heure, les prérogatives du Parlement se rapproche davantage de celle de pouvoirs publics que de celle de l'autorité judiciaire. Ainsi, le Parlement bénéficie du principe « d'autonomie financière des pouvoirs publics »⁷⁶. De même, le caractère d'autorité administrative n'est pas reconnu par le Conseil d'Etat au président de la République, notamment lorsqu'il exerce le droit de grâce⁷⁷.

L'arbitraire administratif est un risque que fait courir le maintien d'une conception absolue de la séparation des pouvoirs appliquée aux actes du Parlement, d'autant plus si le juge s'éloigne des règles de fond tenant à l'autonomie parlementaire par lesquelles il est lié : le déni de justice peut alors se constituer. Il nous apparaît que l'émergence d'un critère matériel déterminant la compétence du juge administratif vis-à-vis des actes parlementaires se justifie dans les situations les plus évidentes d'exercice d'attributions administratives, mais ne s'impose pas dans le cas des décisions à la nature administrative incertaine. Dès lors, l'abandon pur et simple du critère organique par un considérant de principe, sans une clé de répartition élaborée des actes, nous paraît aller excessivement à l'encontre du principe d'autonomie parlementaire, et partant de la part irréductible de la souveraineté parlementaire. Une plus grande justiciabilité des actes, et la lutte contre les potentiels situations de déni de justice, ne peut être atteinte à ce prix.

⁷⁴ Nous soulignons.

⁷⁵ Georges VEDEL, note sous CE, Ass, 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, JCP 1953.II.7598 §XIV (nous soulignons).

⁷⁶ Conseil constitutionnel, Décision n°2001-448 DC du 25 juillet 2001, Rec. p. 99.

⁷⁷ CE, 28 mars 1947, *Gombert*, Lebon 138 ; RDP, 1947, p. 85, note Waline.