

# Chapitre 5

## Le parlement en droit constitutionnel

Armel Le Divillec

---

|  |     |
|--|-----|
| Section I. Le mot et la chose .....  | 140 |
| Section II. Les spécificités de l'approche juridique .....   | 143 |
| Section III. Les malentendus sur le parlement au filtre<br>du dogme de la « séparation » des pouvoirs..... | 145 |
| Section IV. Les présentations du parlement dans la doctrine juridique...                                   | 152 |
| Section V. Déterminer juridiquement le rôle du Parlement ?.....  | 155 |

---

Parce qu'il est, depuis les origines, l'une des institutions centrales des régimes constitutionnels libéraux et, aujourd'hui, démocratiques, le parlement est et a toujours été un objet essentiel du droit constitutionnel moderne. Pour autant, la place qui lui est assignée tant dans le droit positif que dans la science du droit constitutionnel est marquée du sceau de l'ambiguïté. De nombreuses incertitudes conceptuelles et zones d'ombre continuent de le caractériser dans ces deux acceptions du droit constitutionnel. Elles se prolongent encore si l'on inclut à l'analyse les conceptions des acteurs du système constitutionnel (gouvernants – juge constitutionnel inclus –, citoyens). En d'autres termes, la façon de penser le parlement en droit constitutionnel est moins simple que ne pourrait le laisser penser le fait qu'il se situe évidemment au cœur de cette discipline dont l'objet principal est d'étudier l'encadrement du pouvoir politique.

De nombreuses raisons expliquent cette situation. On peut avancer notamment que le droit constitutionnel en tant que corps de règles juridiques est né et demeure essentiellement dans un cadre national (à l'exception d'assemblées trans- ou supranationales, la plus notable étant le Parlement européen), qu'il s'inscrit le plus souvent dans une histoire spécifique, longue et nécessairement évolutive. Si bien que protéiforme et contingent, il est difficile de le réduire à un schéma unique. En outre, la science du droit constitutionnel est elle-même plurielle et traversée par une grande diversité d'approches qui se répercutent sur l'institution parlementaire. En somme, toutes ces incertitudes touchent au fond même des représentations que se font du parlement la doctrine juridique et le droit positif.

## SECTION I. LE MOT ET LA CHOSE

« Parlement » renvoie aujourd'hui, de manière relativement assurée, à une (ou plusieurs) assemblée politique délibérante (c'est-à-dire à une réunion institutionnalisée de personnes spécialement désignées), investie d'une fonction de représentation, principalement du peuple (ou éventuellement d'autres groupes sociaux ou bien encore de territoires) et dotée, aux plans juridiques et politiques, de certaines fonctions et compétences spécifiques de direction au sein d'un corps politique donné (l'État médiéval puis l'État souverain moderne, une collectivité infra-étatique comme un État fédéré, voire un corps politique *sui generis* comme l'Union européenne) et de son ordre constitutionnel<sup>1</sup>. De ce point de vue, la chose a

1. Il peut d'autre part exister des corps délibérants particuliers qui ne se rattachent pas *stricto sensu* à l'idée d'un parlement tout en remplissant des fonctions communes ou voisines, tel le *Bundesrat* allemand ou bien des institutions du type Conseil économique et social.

existé avant le mot, mais le mot a pu également exister avant (ou indépendamment de) la chose.

De nombreux corps politiques ont connu des organes délibérants portant d'autres noms (conseil, chambre, assemblée d'état, diète, états généraux, états provinciaux,...) mais très largement assimilables à des parlements au sens moderne (certains pays ont d'ailleurs conservé le nom ancien, ainsi des Pays-Bas avec leur *Staten-Generaal*, l'Islande avec son *Alþingi*, la Pologne avec sa *Sejm* c'est-à-dire Diète). C'est par référence à son prototype anglais, apparu à partir du milieu du XIII<sup>e</sup> siècle sous le nom de *Parlamentum* (dérivé de *parlare*, parler) devenu *Parliament*, que le terme *Parlement* s'est répandu en langue française puis fut transposé dans d'autres langues (allemand : *Parlament*, italien et espagnol : *Parlamento*, notamment). Par ailleurs, ont jadis été appelées, en France du moins, sous l'Ancien Régime (jusqu'en 1789), « parlements » des institutions spécifiques remontant au XIII<sup>e</sup> siècle, dont les fonctions étaient essentiellement juridictionnelles, mais également administratives et même quasi-législatives.

En raison de cette dernière expérience, le mot « parlement » appliqué à des assemblées délibérantes modernes restera longtemps rare dans la littérature ou dans les discours français d'après 1789, mais cela fut également le cas à l'étranger hors d'Angleterre<sup>2</sup>. Le terme fut longtemps absent des textes constitutionnels eux-mêmes. On lui préférera la métonymie « pouvoir législatif » ou bien le nom d'une institution concrète (Conseil, Corps, Assemblée, Chambre, Législature, etc.) ou encore un terme propre à tel pays (*Cortes generales* en Espagne, *Vouli* en Grèce) – le terme de « chambre » (*Kammer* en allemand, *Camera* en italien) étant habituellement privilégié dans les systèmes monarchiques. En France, il faudra attendre la Constitution de 1946 (art. 5) pour trouver la première mention du terme « parlement » dans un texte constitutionnel formel<sup>3</sup> (de même en Italie à l'article 55 de la Constitution de 1947). Il n'est au reste pas rare qu'une constitution formelle évite complètement le mot (ainsi, par exemple, la Constitution fédérale des États-Unis ou bien la Loi fondamentale allemande de 1949).

2. Plaidant pour la création d'un « Parlement européen », Saint-Simon est l'un des premiers à l'employer (de même que l'expression « gouvernement parlementaire ») dans son essai de 1814, mais il est isolé. Le célèbre *Staatslexikon* dirigé par les libéraux allemands Rotteck et Welcker (1<sup>re</sup> éd. 1831, 3<sup>e</sup> éd., 1856-66) ne comprend pas d'entrée spécifique à « parlement » et renvoie sur la question à l'Angleterre et à la notion d'états (*Stände*). Les Allemands Friedrich Bülow et Friedrich-Julius Stahl l'emploient en 1833 et 1845, mais ils ne sont pas encore très suivis. C'est plutôt l'adjectif « parlementaire » qui se répand progressivement à partir de 1830 (v. Boldt 1978).

3. Notamment en son article 5 : « Le Parlement se compose de l'Assemblée nationale et du Conseil de la République ».

Aujourd'hui encore, le terme parlement ne recouvre pas partout exactement la même définition juridique. Pour le droit britannique, le Parlement est constitué du monarque, de la Chambre des Lords et de la Chambre des Communes<sup>4</sup>. Cette définition a été fidèlement reprise dans tous les Dominions de la Couronne britannique et conservée par la plupart d'entre eux (Canada, Australie, Nouvelle-Zélande notamment)<sup>5</sup>, et même transposée par ceux des dominions qui sont devenus officiellement des républiques : la Constitution irlandaise de 1937 dispose ainsi que « Le Parlement national se compose d'un Président et de deux chambres » (art. 15-I-1) (de même Malte, art. 51 de la Constitution de 1974). Cette terminologie, comme l'avait finement relevé Benjamin Constant<sup>6</sup>, n'est pas dépourvue de sens, comme on le verra.

On rencontre parfois, d'autre part, dans la littérature anglo-saxonne, une distinction entre « parlement » et « législature » (Verney, 1959, Laver, 2008). La seconde désignerait toute assemblée délibérative participant à l'exercice de la fonction législative, mais fortement distinguée des organes dits exécutifs ; tandis qu'un *parlement* disposerait en plus du pouvoir de choisir les membres du gouvernement, issus de ses rangs et étroitement intégrés à l'assemblée (par la compatibilité entre les fonctions de ministre et de parlementaire ou par le droit d'entrée et de parole lorsque les ministres ne sont pas parlementaires). Inspirée des contrastes entre la Chambre des Communes britannique et le Congrès américain, elle renvoie implicitement à la différence entre une assemblée en système parlementaire (un « parlement ») et en système appelé présidentiel (une « législature »). Cette distinction, surtout prisee par certains politistes, n'est guère utilisée par les juristes<sup>7</sup>, sans doute parce qu'elle paraît manquer de fondement explicite dans le droit positif qui privilégie le parlement (ou l'assemblée) comme un organe formellement autonome. Elle est d'ailleurs difficilement applicable à un régime en voie

4. Blackstone (1765, t. I, p. 149). Sans doute, dans le langage commun, un Britannique d'aujourd'hui pensera à la Chambre des Communes lorsqu'il parlera du « Parliament », mais il n'empêche que la définition trilingue demeure la seule juridiquement correcte.

5. Ce qui ne fait pas obstacle à ce que la chambre basse soit généralement appelée, dans ces États, « Legislative Assembly » (même au Québec jusqu'en 1968 – qui adopte ensuite le très français titre *Assemblée nationale*) et la chambre haute « Legislative Council ».

6. Commentant la Charte française de 1814, il observait : « *En voyant les deux branches délibérantes de la législature, désignées par le nom de Chambres, en comparant l'élévation de leur rôle avec leur nom, on ne peut s'empêcher de ressentir une disproportion pénible. L'Angleterre ne l'a pas adopté sèchement comme nous ; de plus, le mot qui en anglais correspond à notre appellation des Chambres, a une acception plus étendue et présente une image plus noble ; il y a même dans l'usage anglais une idée d'ordre et d'ensemble ; car il rappelle un édifice total, au lieu qu'en France on s'est arrêté à la désignation de sa fraction. (...) en France, au contraire, le mot, le substantif propre à exprimer la réunion des trois pouvoirs, manque entièrement* » (Constant, 1829, t. II, chap. XI, p. 121-122).

7. Une exception notable chez Carré de Malberg (v. *infra* note n° 24).

de parlementarisation ou bien à un régime pratiquant un parlementarisme à éclipse (telle la République de Weimar). Elle est pourtant suggestive, elle aussi, pour une appréciation profonde de l'institution parlementaire (*cf. infra* Sect. V).

Au reste, en Europe continentale, en Asie ou en Amérique du Sud, « Parlement » renvoie uniquement à l'assemblée ou aux assemblées. C'est ainsi que l'article 24 de la Constitution française de 1958 dispose (dans sa version originelle de 1958) que « *Le Parlement comprend l'Assemblée nationale et le Sénat* ».

Ces différences notables comportent de possibles implications fortes sur la compréhension des parlements, en particulier dans les rapports de ceux-ci avec ce qu'il est convenu d'appeler le « pouvoir exécutif ». Néanmoins, la grande diversité des expériences nationales ne fait pas obstacle à la profonde unité du phénomène parlement, au caractère largement commun des problématiques le concernant, du moins si l'on opère les différenciations nécessaires.

## SECTION II. LES SPÉCIFICITÉS DE L'APPROCHE JURIDIQUE

L'étude des parlements, comme de toute institution constitutionnelle, n'est évidemment pas (et ne peut pas être) l'apanage des seuls juristes. Ceux-ci ont toujours puisé leur pensée aux sources de l'histoire, de la philosophie et des doctrines politiques *lato sensu*. Il existe cependant une ou plutôt des spécificités de l'approche juridique.

Il faut commencer par relever que la littérature juridique consacrée aux parlements est relativement éclatée. Les analyses des juristes sur les parlements sont en général noyées dans des études plus larges sur les régimes politiques ou bien dans une présentation du droit constitutionnel positif d'un État, si bien qu'elles visent moins le parlement en tant que tel que le jeu relationnel qui se noue autour de lui, ou bien sont alors cantonnées à un parlement en particulier. Fait un peu surprenant : il n'existe, en langue française, aucun livre qui étudie l'institution parlementaire en tant que telle, ou qui tenterait d'en fournir une théorie générale<sup>8</sup>. Ce n'est donc que de manière implicite qu'existe une pensée des juristes sur le parlement en général. Encore a-t-elle besoin d'être reconstituée.

8. La seule étude comparative des parlements dans le monde, en langue française, effectuée naguère sous l'impulsion de l'Union interparlementaire par Michel Ameller (1966), se présente surtout comme une synthèse des règles juridiques, non pas une véritable analyse critique et théorique.

Il serait donc vain de chercher une méthode juridique unique d'analyse des parlements ; elle n'existe pas. Dans chaque pays, la science du droit constitutionnel est tributaire de l'histoire nationale, avec ses spécificités culturelles et ses évolutions propres dans le temps. En outre, une pluralité de courants épistémologiques et de positions méthodologiques coexistent dans pratiquement chaque doctrine nationale. Tout au plus pourra-t-on repérer des tendances nationales dominantes, sans se dissimuler ce qu'elles peuvent avoir de relatif (d'autant que les juristes s'inspirent parfois des travaux des politistes et des historiens, ou que tel auteur se revendique de la double filiation juriste et politiste). Il est ainsi assez patent, par exemple, que la doctrine juridique constitutionnaliste française contemporaine diffère de son homologue allemande : là où la première répugne aux constructions théoriques trop poussées et s'accommode volontiers d'un certain éclectisme méthodologique, la seconde, peut-être plus assurée dans son identité, cultive le goût de la rigueur et travaille les concepts.

En France, le tournant opéré par la V<sup>e</sup> République à partir de 1958 a relégué (ou paru reléguer) le parlement dans un rôle secondaire et a entraîné assez longtemps un assèchement des travaux universitaires y relatif. Cela est moins vrai aujourd'hui, car les études se sont multipliées ces dernières années, du moins sur des aspects ponctuels de l'institution parlementaire. Mais il reste que l'on pourrait parler d'une certaine paresse intellectuelle des juristes français lorsqu'ils évoquent le parlement. Ce n'est que lorsqu'ils (et en réalité, un très petit nombre d'auteurs) se sont ouverts à d'autres approches qu'ils ont fait progresser la compréhension de celui-ci<sup>9</sup>.

En tout état de cause serait par trop réductrice une vision d'un droit constitutionnel enfermé sur lui-même, réduit à un assemblage de normes formelles, coupé de sa dimension politique et de ses racines historiques dont il est tout entier tributaire. C'est donc bien plutôt un droit constitutionnel renouant avec sa nature de « droit politique », c'est-à-dire attentif aux contextes, aux représentations, aux agissements des acteurs du droit qui permet d'appréhender le parlement de manière moins insatisfaisante (*cf. infra*).

Pour autant, on ne saurait nier l'existence de traits particuliers propres à l'approche juriste (qui toutefois ne se résume pas à la « méthode juridique » – étroite – revendiquée et diffusée jadis par l'Allemand Paul Laband). Elle se caractérise d'abord par une attention spéciale portée aux formes – ce « formalisme » est largement inhérent à l'objet droit lui-même – et donc à l'organisation visible, aux compétences officielles, aux procédures codifiées par des textes.

9. Le Parlement a pu progressivement « sortir du purgatoire universitaire en empruntant les chemins de la science politique dont les méthodes privilégient le système par rapport à l'institution, les fonctions par rapport aux procédures, les comportements par rapport aux normes », notaient P. Avril et J. Gicquel (1988, p. VIII-IX) en préambule au premier manuel de *Droit parlementaire* publié depuis les années 1950.

Ce souci des formes – dont les juristes déplorent souvent qu’il soit absent des analyses des non-juristes ou du moins négligé par eux – comporte toutefois un revers : celui de voiler à l’observateur nombre d’aspects de la dynamique institutionnelle dans laquelle est prise à peu près irrésistiblement le parlement et que le droit écrit ne peut entièrement normer. Ce problème est presque invincible dès lors que l’organisation juridique des parlements telle qu’elle découle de l’écriture constitutionnelle est tributaire d’une histoire (différenciée), de contingences diverses (le flou des représentations mentales des rédacteurs des constitutions écrites notamment). Dès lors, certains aspects du cadre juridique formel d’une constitution ne concordent pas toujours pleinement avec la place effective du parlement dans un système constitutionnel, en tout cas dans les systèmes parlementaires de gouvernement (Meyer 1989). Et comme les juristes ont tendance à essentialiser, à substantialiser les formes, il en résulte souvent un décalage, voire des contresens parfois profonds, avec ce qu’il faut bien appeler la « réalité » des systèmes de gouvernement.

### SECTION III. LES MALENTENDUS SUR LE PARLEMENT AU FILTRE DU DOGME DE LA « SÉPARATION » DES POUVOIRS

Depuis les débuts du constitutionnalisme libéral, le Parlement est l’objet, chez les juristes comme, avant eux, chez les élites politiques, d’un grave malentendu : il est (presque) toujours assimilé au « pouvoir législatif » et, de façon implicite, pratiquement réduit à lui. Tel est le cas pour un très grand nombre de juristes anciens comme contemporains. Tel est également le cas parfois des textes constitutionnels eux-mêmes. Il s’agit d’une fâcheuse erreur, erreur sur le plan juridique comme sur le plan politique et pratique. Elle ne laisse pas de fausser une partie des analyses des juristes sur le parlement<sup>10</sup>.

#### 1. *L’assimilation réductrice du Parlement au « pouvoir législatif » par les textes constitutionnels*

Ce contresens remonte à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle avec les premières constitutions républicaines d’Amérique du Nord. Ainsi, par exemple, la Constitution du Massachusetts de 1780, qui servit de modèle à celle des

10. Ainsi, à vrai dire, que des non juristes également : on parle couramment d’élections *législatives* pour les élections au parlement, et ce sont des politistes qui ont développé les *Legislative Studies* consacrées ... aux parlements mais non limitées à leur rôle dans la législation.

États-Unis et dont le titre de son Chapitre I. est *The Legislative Power*, qui s'ouvre par un premier article énonçant que « *The department of legislation shall be formed by two branches, a Senate and House of Representatives* ». Cela, bien que le gouverneur soit doté d'un droit de veto sur les résolutions législatives des chambres, veto certes suspensif (pouvant être levé par un vote à la majorité des deux tiers dans chaque chambre)<sup>11</sup> et au surplus que les deux chambres ne soient pas cantonnées à la fabrication de la loi. De même la Constitution fédérale des États-Unis de 1787 désigne le Congrès comme la « branche législative (*Legislative Branch*) » (du Gouvernement), malgré l'existence du veto (suspensif) présidentiel et de nombreuses prérogatives de contrôle au profit des deux chambres.

La Constitution française de 1791 poursuit sur la même logique, avec une variété de formules juxtaposées : l'assemblée unique est tantôt désignée comme « le Corps législatif », tantôt « Assemblée nationale », tantôt « Assemblée nationale législative », alors même que le Roi, tout de même qualifié aussi de représentant, est doté d'un droit de veto suspensif. On ne s'étonnera donc pas que la radicale Constitution républicaine de l'An I (1793) désigne l'assemblée unique comme « Corps législatif », bien que celui-ci exerce d'autres compétences que l'élaboration de la loi (v. l'art. 55 sur les fonctions gouvernementales de l'assemblée, qu'elle rend sous la forme de « décrets »)<sup>12</sup>.

En Angleterre au contraire, l'erreur n'avait pas été commise, même à l'époque républicaine. L'*Instrument of Government* de Cromwell de 1653 énonçait que « *L'autorité législative suprême de la République d'Angleterre, d'Écosse et d'Irlande et de leurs dépendances reviendra à une seule personne et au peuple assemblé en Parlement* »<sup>13</sup> ; il est spécifié que « *le titre de cette personne sera Lord Protecteur* », celui-ci étant doté d'un droit de sanction des textes législatifs votés par l'assemblée, mais sans veto absolu (article 24).

Par la suite, ce sont les constitutions de (presque) toutes les monarchies limitées ou dualistes du XIX<sup>e</sup> siècle à partir de la Charte constitu-

11. Contrairement à sa devancière, la Constitution de Pennsylvanie du 28 septembre 1776 qui, se voulant « radicalement » démocratique, n'instituait pas de droit de veto pour le gouverneur et disposait que « *The supreme legislative power shall be vested in a house of representatives of the freemen of the commonwealth or state of Pennsylvania* » (Sect. 2).

12. À la même époque, en revanche, la Constitution mort-née du Royaume de Pologne (1791) énonce dans son chapitre VI : « La Diète ou le pouvoir législatif », mais la situation est différente de la France dès lors que le Roi préside la chambre haute (avec droit de suffrage en cas de partage des voix), dénommée Sénat, qui exerce un veto suspensif sur les textes législatifs adoptés par la Chambre des nonces.

13. « *That the supreme legislative authority of the Commonwealth of England, Scotland, and Ireland, and the dominions thereunto belonging, shall be and reside in one person, and the people assembled in Parliament* ».

tionnelle française de 1814, qui énoncent correctement le partage de la « puissance législative » entre le monarque et les chambres, étant donné que le premier était doté du droit d'initiative – qui était alors généralement refusé aux députés, du moins avant 1830 – et du droit de sanction (impliquant un veto absolu)<sup>14</sup>.

Un tournant se produit avec l'avènement de républiques en Europe, dont les textes, à l'imitation américaine, simplifiaient la formule : ainsi la Constitution française de 1848 (art. 20) : « *Le peuple français délègue le pouvoir législatif à une Assemblée unique* » ou encore l'article 1<sup>er</sup> de la Loi (constitutionnelle) du 25 février 1875 : « *le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la Chambre des députés et le Sénat* ».

Cette inflexion pouvait s'autoriser du fait que désormais, juridiquement, les membres des assemblées s'étaient vu reconnaître le droit d'initiative législative et que, dans la plupart des cas, le droit de sanction du monarque n'avait pas été transposé tel quel au chef d'État républicain. Seul subsistait, au mieux, un veto suspensif et la compétence de promulgation de la loi, acte « exécutif » par nature, selon la théorie, était censée être une compétence liée. Mais le contresens était plus profond : comme l'a relevé le juriste suisse Bluntschli (1881, p. 41-42) : « *La plupart des monarchies modernes attribuent aussi le pouvoir législatif au roi et aux chambres. Il en est autrement dans la république moderne ; le gouvernement, au moins dans la forme, n'y concourt pas à la législation, principe né d'une fausse intelligence de la distinction des pouvoirs, du goût de la démocratie pour les assemblées et de ses méfiances pour tout gouvernement fort* ».

Par la suite, la majorité des constitutions républicaines énoncent cette assimilation des chambres parlementaires au « pouvoir législatif » (ou à la fonction législative), alors même d'une part que le gouvernement est explicitement doté du droit de proposer la loi et d'autre part qu'était attribué à ces assemblées des compétences autres que législatives.

Seule exception à l'époque, la Constitution républicaine finlandaise de 1919 énonçait plus justement (art. 2, al. 2) : « *Le pouvoir législatif est exercé par la Diète conjointement avec le Président de la République* ». Celui-ci se voyait reconnaître l'initiative des lois concurremment avec les députés et disposait d'un veto suspensif, surmontable après de nouvelles élections. Toutefois, la formule fut modifiée dans la nouvelle version de la Constitution en 2000, au profit de la réduction au Parlement (« Le pouvoir

14. Une exception : la Constitution, particulièrement avancée pour l'époque, du Royaume de Norvège de 1814 dont l'art. 49 dispose : « *Le peuple exerce le pouvoir législatif par la diète appelée Storting, qui se compose de deux chambres, le Lagting et l'Odelsting* ».

législatif est exercé par le Parlement », art. 3, al. 1<sup>er</sup>), le veto présidentiel pouvant désormais être surmonté immédiatement à la majorité simple (art. 77 et 78).

## 2. *L'assimilation réductrice du Parlement au « pouvoir législatif » par les penseurs politiques et théoriciens*

Cette réduction sémantique trouve sa racine dans les écrits de théoriciens politiques qui ont préparé la réflexion des juristes. A cet égard, il importe de noter que les auteurs (d'hier comme d'aujourd'hui) ne distinguent pas toujours clairement entre organe et fonction, si bien que le sens de leurs développements est parfois difficile à déchiffrer.

Déjà Locke et Montesquieu, quoique tous deux adeptes du principe de la balance des pouvoirs selon lequel le chef de l'État, titulaire du « pouvoir exécutif », doit participer à l'opération législative<sup>15</sup>, utilisent pourtant parfois le raccourci consistant à désigner l'assemblée électorale de « *Legislature* » ou « *Legislative* » (Locke<sup>16</sup>) ou de « corps législatif » (Montesquieu<sup>17</sup>). Rousseau n'est pas davantage précis sur ce point. Les *Federalist Papers* eux-mêmes, sont ambigus<sup>18</sup>.

On sait combien les révolutionnaires français, à partir de 1789, furent tout entier pénétrés de cette idée, qui trouva évidemment ses formulations dans la Constitution de 1791 (et ce, alors même qu'avait été reconnu *in extremis* au Roi la qualité de représentant, titre III ; art. 2, 2<sup>e</sup> al.) et les suivantes. Même les Monarchiens comme Mounier ou Clermont-Tonnerre, pourtant favorables à l'attribution au Roi d'un droit de veto absolu en

15. Ainsi chez Locke (1690, chap. XII, § 143) : « *Dans les États bien réglés, où le bien public est considéré comme il doit l'être, le pouvoir législatif (the Legislative power) est remis entre les mains de diverses personnes, qui dûment assemblées, ont elles seules, ou conjointement avec d'autres, le pouvoir de faire des lois (in well ordered commonwealths, where the good of the whole is so considered, as it ought, the legislative power is put into the hands of divers persons, who duly assembled, have by themselves, or jointly with others, a power to make laws)* ».

16. Les versions diffèrent en anglais. Locke semble avoir utilisé les deux mots. « *Dans quelques États où la Législature n'est pas toujours sur pied, et où une seule personne est revêtue du pouvoir exécutif, et a aussi sa part au Législatif... (In some commonwealths, where the legislative is not always in being, and the executive is vested in a single person, who has also a share in the legislative)* » (chap. XIII, § 151). On notera que certaines traductions françaises ont traduit l'anglais *Legislature* par « assemblée législative ».

17. « *Le corps législatif ne doit point s'assembler lui-même. (...) Il faut donc que ce soit la puissance exécutrice qui règle le temps de la tenue et de la durée de ces assemblées (...). Si la puissance exécutrice n'a pas le droit d'arrêter les entreprises du corps législatif, celui-ci sera despotique...* » (*De l'Esprit des lois*, 1748, Livre XI, chap. 6).

18. Notamment dans la lettre n° XLVII (Madison).

matière législative, se laissent parfois aller à employer « corps législatif » pour désigner l'assemblée<sup>19</sup>.

De même encore Necker parle des chambres britanniques comme du « Pouvoir (ou Corps) législatif », et ce alors même qu'il consacre de longs développements au rôle du Roi dans l'exercice de la fonction législative<sup>20</sup>. Benjamin Constant, s'il parle un temps de « pouvoir représentatif » pour désigner les chambres (dans ses *Réflexions sur les constitutions*, Paris, Nicolle et Gide, 1814, chap. IV) reprend, dans ses *Principes de politique* (1815), le terme de « Pouvoir législatif » et cela alors même qu'il admet le veto (absolu dans la Charte) du Roi et qu'il avait relevé la différence de définition du Parlement entre France et Angleterre (v. *supra*, Section I)<sup>21</sup>.

Comme l'observera Charles Lefebvre (1882, p. 120) : « Ces expressions de pouvoir législatif et exécutif sont entrées dans la langue courante et dans le style constitutionnel, d'après les distinctions même de Montesquieu. Mais il est curieux de voir comment on s'est servi jusqu'à l'abus de ces termes, sans se souvenir de ses définitions. »

Cette façon de penser découlait évidemment de la passion des hommes de ce temps pour la loi et leur conviction que tout ou presque pouvait être ramené à l'émission des règles générales, au point d'en négliger les autres tâches d'un corps délibérant.

Mais, surtout, on était porté à donner à cette pensée une dimension principielle plus grande encore : Sieyès, grand poseur de dogmes, énonçait ainsi que « l'établissement public est une sorte de corps politique qui, ayant comme le corps de l'homme, des besoins et des moyens, doit être organisé à peu près de la même manière. Il faut le douer de la faculté de vouloir et de celle d'agir. Le pouvoir législatif représente la première, et le pouvoir exécutif représente la seconde des deux facultés »<sup>22</sup>. Transcrite de la fonction à l'organe, cette logique pouvait paraître imparable<sup>23</sup>, la volonté devant nécessairement être première et commander l'action. Mais, objectait avec raison Lefebvre (1882, p. 120-121), « il ne sert à rien d'invoquer la belle comparaison de la tête et du bras si on les disjoint en les plaçant dans des êtres distincts. (...) gouverner (...), c'est diriger. Pour diriger, il faut vouloir aussi bien qu'agir ».

19. Par ex. Mounier, Discours du 5 septembre 1789 sur la sanction royale (*Archives parlementaires*, t. VIII, p. 554-564, cité dans Furet et Halévi, 1996, p. 390-395).

20. *Du pouvoir exécutif dans les grands États*, Paris, 1792, chap. IV, p. 29.

21. On peut encore citer, dans le même sens, Macarel (1833) et Berriat Saint-Prix (1851, p. 346).

22. Préliminaires de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme, juillet 1789 (*in* Furet et Halévi, 1996, p. 320 et ss.).

23. Cette distinction entre la volonté et l'action devint presque un autre totem. Berriat-Saint-Prix (1851, p. 338), notamment, la reprend.

Carré de Malberg fut l'un des rares juristes savants à consacrer de substantiels développements au Parlement insérés au sein d'une théorie générale de l'État (et de la loi) fort complexe, appuyée sur une théorie sophistiquée de la représentation et de la distinction des pouvoirs. Mais il bâtit une bonne partie de sa théorie sur une analyse littérale (et donc faussée) de la formule de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 25 février 1875 attribuant aux deux chambres le « pouvoir législatif »<sup>24</sup>. Il conteste, par exemple, que les droits d'initiative législative et de promulgation conférés au Président de la République permettent de considérer qu'il participe à l'exercice de la fonction législative (Carré de Malberg, 1984, p. 2-3 et p. 184). Au surplus, il prétend se fonder essentiellement sur le droit positif français (de la III<sup>e</sup> République), si bien que sa thèse ne se laisse pas tout à fait généraliser.

Prévaut donc, dans la doctrine juridique française jusqu'à nos jours, cette idée fautive parce excessivement réductrice que le parlement est « le pouvoir législatif ».

### 3. *Pourquoi le parlement n'est pas « le pouvoir législatif »*

En dépit de l'importance des travaux qui ont démontré la fausseté et les inconvénients de l'idée selon laquelle les parlements pourraient être réduits au « pouvoir législatif » (Le Divellec, 2009), une bonne partie de la doctrine juridique, les textes constitutionnels et l'opinion commune continuent, avec une constance obstinée, à la soutenir plus ou moins ouvertement<sup>25</sup>. Sans doute, cette position est relative car chacun est bien obligé de convenir que les assemblées exercent également d'autres compétences que purement législatives – dont il faut également rendre compte – et, dans le meilleur des cas, admettra – encore que du bout des lèvres ou de la plume – que le pouvoir exécutif est partie prenante à l'exercice de la fonction législative (même aux États-Unis, quoique dans des conditions bien différentes des systèmes parlementaires). Nous sommes donc en présence d'un cas d'excessive simplification, tellement grossière en vérité, qu'elle peut aboutir à de graves erreurs de jugement de fond, et notamment méconnaître la réalité du droit

24. « Car selon l'art. 1<sup>er</sup> [de la loi du 25 février 1875], il n'y a de pouvoir législatif que dans les Chambres. (...) le pouvoir législatif commence et finit en elles » (Carré de Malberg, 1984, p. 3). Et pourtant, il écrit plus loin : « les textes se gardent bien de reproduire la terminologie antérieure qui, en appliquant aux assemblées parlementaires le nom de Corps législatif, donnait à entendre que ces assemblées ont pour fonction spéciale de faire les lois. Aujourd'hui, quand la Constitution parle des "Chambres", elle marque, par ce terme qui ne se réfère plus à leur compétence fonctionnelle, que nos assemblées parlementaires ne sont plus seulement, comme en Amérique, des "Législatives", car elles ont aussi la haute main sur l'activité gouvernementale » (*loc. cit.*, p. 198).

25. Jean-Luc Parodi (1970) avait naguère noté la permanence de la conception réduisant le Parlement au pouvoir législatif dans la doctrine française et les élites politiques.

et de la vie parlementaires. Elle s'appuie d'une part, sur le postulat discutable que toutes les fonctions étatiques pourraient se subsumer sous la fonction législative au motif que celle-ci pose les règles générales, et, d'autre part sur une position essentiellement idéologique, exprimant une méfiance, jadis profonde, aujourd'hui plus diffuse, envers les organes eux-mêmes improprement appelés « exécutifs ». C'est pourquoi ce sont surtout les constitutions républicaines qui ont affiché ostensiblement cette formule réductrice... alors même qu'elles attribuaient par ailleurs juridiquement au gouvernement et/ou au chef de l'État des compétences dans l'exercice de la fonction législative.

Derrière les apparences et les discours réducteurs, il importe de redire qu'en droit strict, d'autres organes que les assemblées parlementaires participent toujours à la législation : outre l'hypothèse, réalisée dans certains États, de l'intervention institutionnalisée du corps électoral (par l'initiative populaire et le référendum) pour adopter le texte de loi, il faut reconnaître que le gouvernement et/ou le chef de l'État, par le droit d'initiative, par la présence (notamment celles des ministres) dans les délibérations au parlement, parfois par leur droit de proposer des amendements<sup>26</sup> ou par diverses prérogatives de procédure, sont en droit et en fait co-législateurs, et qu'enfin l'exécutif intervient à l'issue du processus parlementaire au minimum sous la forme de la promulgation, nécessaire à la perfection juridique du texte de loi<sup>27</sup>. Dès lors, prétendre que les assemblées sont les seuls auteurs juridiques de la loi est une vue de l'esprit.

L'évolution pratique des systèmes constitutionnels libéraux, sous l'effet de l'amplification de la place de l'État, allait de toute façon confirmer la nécessité de reconnaître au gouvernement un rôle moteur dans la législation et ce tout particulièrement dans la logique de fonctionnement du gouvernement parlementaire.

#### 4. Le Parlement comme « Pouvoir délibérant »

Esprit original mais isolé, Maurice Hauriou fut l'un des rares auteurs à esquisser une véritable pensée sur le parlement dans le cadre pourtant réduit d'un manuel. Si, explique-t-il, « *l'on définit le pouvoir législatif*

26. Certaines constitutions l'attribuent *ex officio* aux ministres (ainsi l'art. 44, al. 1<sup>er</sup>, de la Constitution française de 1958, mais pas celle de 1946, non plus que la Loi fondamentale d'Allemagne). Dans le cas contraire, c'est en tant que député que le ministre, s'il détient un tel mandat, peut déposer des amendements.

27. M. Troper et F. Hamon sont les rares (sinon seuls) auteurs à affirmer, dans leur manuel (2016, p. 127 et p. 135-136), que l'organe exécutif peut être « organe législatif partiel ». Cependant, les conditions qu'ils posent à cette reconnaissance sont excessivement réductrices (l'Exécutif doit disposer d'un droit de veto absolu ou d'un monopole dans l'initiative législative), ce qui ne rend pas justice du fonctionnement des systèmes de gouvernement contemporains.

*comme étant celui qui fait la loi, on le définit par sa fonction, on le subordonne à celle-ci, et bientôt le pouvoir législatif disparaîtra derrière la fonction législative. Au contraire, si l'on définit le pouvoir législatif comme étant celui qui délibère, on le définit par son mode d'opération, on lui reconnaît un pouvoir délibérant qui n'est point absorbé par la fonction de faire la loi, et le pouvoir reste au-dessus de la fonction,...* » (Hauriou, 2014, p. 349).

*« Nous disons « pouvoir délibérant », et non pas « pouvoir législatif », bien qu'il s'agisse dans ce chapitre, des Chambres ou du Parlement. C'est que nous avons le souci de caractériser chacun des pouvoirs gouvernementaux par son mode d'opération de la volonté. (...) nous définissons le Parlement comme un pouvoir délibérant, parce que la délibération est son mode d'opération de la volonté<sup>28</sup>. Si l'on appelle couramment le Parlement pouvoir législatif, c'est que la législation est l'une de ses fonctions, mais il n'est pas bon de qualifier un pouvoir gouvernemental par l'une de ses fonctions, car elles sont multiples. Le Parlement n'a pas pour unique mission de faire des lois, il est aussi chargé de contrôler le pouvoir exécutif, et le mécanisme du régime parlementaire prouve que sa fonction de contrôle est plus importante encore, si possible, que sa fonction législative ; il a encore des fonctions constitutionnelles sous forme d'Assemblée nationale, et des fonctions juridictionnelles sous forme de Haute Cour de justice » (Hauriou, 2014, p. 469-470).*

Cette façon de penser le Parlement est originale et particulièrement intéressante ; elle reste pertinente même si les façons de travailler des assemblées ont sensiblement évolué depuis, en particulier avec le rôle croissant des commissions (la séance plénière et publique n'étant pas le seul lieu de « délibération » parlementaire). Hauriou est également l'un des rares auteurs à esquisser une réflexion fine sur le contrôle parlementaire, qui ne s'épuise pas dans le maniement des instruments de mise en jeu de la responsabilité du gouvernement.

#### **SECTION IV. LES PRÉSENTATIONS DU PARLEMENT DANS LA DOCTRINE JURIDIQUE**

La littérature juridique sur les parlements, on l'a vu, est relativement éclatée d'un point de vue thématique. On y trouve d'une part des éléments assez descriptifs qui relèvent de la pure histoire (généralement limitée au cadre national, enrichi dans le meilleur des cas d'un rappel sur

28. « Une délibération est une résolution collective, sur un objet de gouvernement ou d'administration, prise à la majorité des voix et après discussion publique, par une assemblée formant corps et constituée en autorité publique ».

le « prototype » anglais, mais négligeant les autres comme son homologue suédois) ; d'une part des considérations d'ordre essentiellement théorique mais un peu abstraites sur la question de la représentation et, plus rarement, celle de l'organe ; des descriptions et analyses de droit positif, ensuite, qui varient un peu selon les pays, et enfin des réflexions, assez classiques, sur les systèmes de gouvernement.

La notion de représentation occupe une place importante dans la littérature juridique classique mais on trouve ici une nouvelle ambiguïté tenant au fait que le Parlement n'est pas *a priori* la seule institution constitutionnelle susceptible d'être qualifiée de représentant. Pour autant, c'est à travers une réflexion sur la notion de représentation que certains juristes éminents (Esmein, Duguit, Carré de Malberg et, plus près de nous, Pierre Avril) ont pu établir les raisons profondes de la conception française menant à une « souveraineté parlementaire »<sup>29</sup>.

Mais la question de la représentation peut n'être pas seulement théorique. Il arrive que le juge constitutionnel se fonde sur une notion exigeante de représentation pour justifier certaines de ses décisions (ainsi la Cour constitutionnelle fédérale allemande pour exiger que le *Bundestag* prenne position par des votes sur certaines initiatives du gouvernement fédéral alors qu'aucun texte ne le prévoit explicitement).

Une autre série de développements de la doctrine juridique sur les parlements se rencontre dans l'étude des régimes politiques (ou mieux : des systèmes de gouvernement), en particulier la distinction entre régimes dits « parlementaires » et « présidentiels »<sup>30</sup>. Le parlement peut alors être resitué dans l'ensemble de l'agencement institutionnel, vu de façon dynamique, en particulier ses relations avec les organes exécutifs. Mais la littérature dominante peine alors à opérer les différenciations nécessaires pour marquer la diversité des positions constitutionnelles entre les types de parlements et ses implications, en particulier dans l'imbrication entre gouvernement et assemblées dans l'exercice de la fonction législative ou les formes de contrôle parlementaire de l'Exécutif (Wittmayer, 1928 et Mirkine-Guetzévitch, 1937). C'est ici que pourrait utilement servir la distinction entre « parlement » et « législature » parfois employée par la doctrine anglo-saxonne (*cf. supra*). En tout état de cause, la situation constitutionnelle du parlement est assez radicalement différente dans un

29. V. sur ce point la contribution de Didier Mineur dans le présent *Traité*.

30. On peut ajouter le système suisse appelé « directorial ». La doctrine se plaît également à évoquer le « régime d'assemblée », mais souvent sans rigueur et de manière caricaturale, puisqu'elle mêle les précédents historiques révolutionnaires du *Long Parliament* anglais du XVII<sup>e</sup> siècle, de la Convention nationale française de 1792 à 1795 et les assemblées ordinaires dans des systèmes parlementaires déséquilibrés du type de la III<sup>e</sup> et la IV<sup>e</sup> République françaises.

système parlementaire et dans un système non parlementaire. Dans le premier cas, le parlement n'est qu'imparfaitement séparé du gouvernement du fait de la solidarité à la fois juridique et politique qui lie les deux organes formellement distingués (modèle de la « fusion des pouvoirs », qui connaît tout un spectre d'intensité selon les pays) ; dans le second, l'autonomie du parlement est nettement plus importante.

Autant la littérature juridique est ample (mais aussi un peu répétitive, y compris dans les schématisations abusives) sur cette question, autant il n'est pas rare qu'elle laisse de côté des questions fondamentales sur le rôle du parlement dans l'État (*cf. infra*).

De même, on relèvera qu'il est rare que les juristes utilisent l'opposition conceptuelle entre « parlements de parole » (ou de discours) et « parlements de travail », inspirée de penseurs politiques (Karl Marx, Max Weber) et cultivée par la doctrine politiste<sup>31</sup>.

Quantitativement, la majeure partie des travaux juridiques sur les parlements sont des études, essentiellement descriptives des règles et procédures, d'un cas (national) particulier (Blachère, 2012).

De façon très classique, sont évoqués la question du mono- ou du bicamérisme, le mode d'élection, le statut et le mandat parlementaire (en particulier les immunités), l'organisation interne (les instances dirigeantes : présidence, bureau, notamment, les formations intérieures : les différents types de commissions, les groupes politiques) et enfin les procédures de décision), sachant qu'une bonne partie de ces thèmes sont renvoyés, pour approfondissement, aux études plus spécifiques de droit parlementaire.

Sont ensuite interrogées l'étendue de la fonction législative par rapport au pouvoir réglementaire ; par rapport à la « séparation verticale » des pouvoirs (dans le cas d'un système fédéral, régionaliste ou bien d'un État décentralisé) ; ou encore ses rapports avec le droit d'origine externe (droit international, droit européen).

Sur toutes ces questions, les juristes discutent quantité de problèmes juridiques concrets que l'on peut qualifier de relativement « techniques » (savoir si le parlement ou telle de ses formations intérieures avait le droit d'adopter tel acte, savoir si telle procédure a été respectée, savoir si telle

31. Les « parlements de travail » seraient des assemblées privilégiant le travail (législatif comme de contrôle) minutieux et technique, surtout par des commissions, tandis que les « parlements de parole » privilégient la confrontation oratoire en séance publique plénière. Cette distinction portant d'abord sur les styles de parlements, inspirée du contraste entre le Parlement britannique (parole) et le Congrès américain (travail), a été particulièrement relevée par la doctrine allemande mais, significativement, plutôt politiste que juriste (v. Le Divellec, 2004).

norme est conforme à telle règle supérieure, etc.). Ces questions sont nombreuses et occupent une bonne part de l'activité des juristes.

Mais la doctrine juridique a presque toujours la tendance à déduire (implicitement) des compétences juridiques des assemblées le « pouvoir » effectif qu'elles exercent, comme si celui-ci pouvait s'apprécier de façon autonome par rapport au gouvernement, et comme si toute compétence formelle impliquait son exercice réel. D'où la récurrence d'un discours de déploration de la « perte de pouvoir » des parlements, spécialement dans les cas des régimes parlementaires européens (*cf. infra* Section V, point 3). De ce point de vue, la « théorie » (mal comprise) de la séparation des pouvoirs continue de peser sur la compréhension, par la doctrine juridique, du jeu dynamique effectif des institutions.

Ce n'est ensuite pas sans réticence que les juristes évoquent parfois la place des partis politiques dans l'étude des parlements. Celle-ci a progressé sous l'influence du courant politiste (encore qu'un juriste éminent comme Kelsen lui ait consacré un important essai dès l'entre-deux-guerres) (Kelsen, 1932), mais reste le plus souvent hésitante et comme « plaquée » sur les analyses juridiques classiques. De même enfin, c'est tardivement et avec difficulté que la littérature juridique s'est penchée sur le problème de l'opposition parlementaire ; encore ne l'a-t-elle fait qu'à partir du moment où le droit strict s'est mis à tenter de la reconnaître formellement (dès 1905 au Canada, en 1938 au Royaume-Uni, seulement en 2008 pour la France).

## SECTION V. DÉTERMINER JURIDIQUEMENT LE RÔLE DU PARLEMENT ?

On a vu plus haut que l'approche juridique, par-delà ses variantes, accordait une place privilégiée aux questions de formes. Les juristes pensent habituellement en termes de compétences juridiques formelles, attribuées à chaque organe par les textes. Ces derniers eux-mêmes présentent aujourd'hui la particularité d'être essentiellement techniques et non littéraires (à l'inverse des constitutions des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles jusqu'à l'indépendance américaine environ), si bien qu'ils tentent d'organiser la distribution des pouvoirs en la formulant uniquement en termes d'organes, de compétences juridiques et de procédure. Tel est le cas au sujet du parlement<sup>32</sup>.

32. De nombreuses constitutions récentes établissent d'ailleurs un catalogue des compétences juridiques de leur assemblée délibérante. Par exemple la Constitution du Portugal de 1976 ou encore celles de la plupart des Pays d'Europe centrale et orientale depuis les années 1990.

Ce faisant, les textes constitutionnels restent largement dans l'implicite : la raison d'être de tel ou tel organe, au sein de l'ordre constitutionnel et de son système de gouvernement n'est que rarement explicitée. Dans ces conditions, les juristes (et plus largement les observateurs) doivent reformuler intellectuellement le rôle concret de telle institution.

## 1. La question des fonctions du Parlement

Ainsi, dès lors que les assemblées sont dotées de multiples attributions, la doctrine s'efforce parfois de regrouper celles-ci au sein de « fonctions » plus larges. Le plus souvent, les auteurs n'en identifient que deux : la fonction législative (dont on a vu qu'ils omettent généralement de préciser qu'elle n'est pas le monopole des assemblées) et la fonction de contrôle de l'Exécutif et/ou de l'administration (qui se décline en une grande variété de compétences juridiques). Les textes des constitutions formelles se sont progressivement fait le reflet de cette façon de penser. C'est ainsi que l'article 24 de la Constitution française dispose, depuis 2008, que « le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques ». Là encore, au risque de fâcheuses simplifications.

À l'origine, au contraire, les premiers textes constitutionnels modernes de facture technique (et non littéraire), dénués de l'ambition (d'ailleurs illusoire) de complétude, avaient commencé par poser simplement l'existence d'assemblées délibératives, sans expliciter leurs fonctions. Elles spécifiaient simplement (quoique parfois longuement) leur composition et énonçaient un certain nombre de leurs attributions. La première fut inévitablement leur participation à l'élaboration de la loi (y compris l'approbation du budget ou le consentement aux impôts), jugée alors essentielle. L'approbation préalable à la ratification des traités (par l'Exécutif) put également leur échoir (ainsi dans la Constitution fédérale américaine, toutefois pour le seul Sénat). On trouvait en outre très tôt des compétences désignatives par les assemblées (élection du gouverneur, parfois de juges ou d'autres officiers) dans les constitutions des jeunes États américains. De même ces constitutions prévoyaient la fonction de mise en jeu de la responsabilité des agents de l'Exécutif (parfois d'autres agents tels que les juges) sous la forme d'une transposition, d'ailleurs faussée, du mécanisme de l'*Impeachment* britannique. Ce n'est que plus tard qu'apparurent des compétences de contrôle plus larges et plus élaborées (incluant les questions ou les enquêtes). Les constitutions ultérieures (dans le courant du XIX<sup>e</sup> et surtout au XX<sup>e</sup> siècle) se sont faites plus détaillées.

Il revenait à la doctrine de développer la question des fonctions, qui ne pouvait se comprendre qu'au terme d'une analyse plus large que

celle découlant des seules formules du droit positif écrit. Encore faut-il ici nettement distinguer entre les types de systèmes de gouvernement : parlementaire (de loin le plus répandu dans le monde libre), « présidentiel » (de type américain) et directorial (cas de la Suisse).

De ce point de vue, c'est à l'Anglais Walter Bagehot que l'on doit la présentation la plus judicieuse et originale des fonctions du Parlement (il raisonnait pour la Chambre des Communes britannique mais son analyse est valable *mutatis mutandis* pour toute assemblée politique, du moins dans les systèmes de gouvernement parlementaire. Bagehot, 1869 et Le Divellec, 2012). Le publiciste victorien, soucieux de livrer une analyse dynamique et « réaliste », dépassant les formes apparentes du droit formel, identifiait cinq fonctions : la fonction élective (désigner le Premier ministre), la fonction expressive (exprimer l'état d'esprit ou l'opinion du peuple), la fonction pédagogique (enseigner à la nation ce qu'elle ne sait pas), la fonction informative (donner à entendre ce qu'autrement on ne saurait pas, autrement dit divulguer des informations), et enfin la fonction législative (dimension budgétaire comprise), qu'il plaçait à dessein en fin de liste. Ce catalogue mêle considérations juridiques et sociologiques (ou pratiques). Seules la première et la dernière fonctions sont exactement traduisibles dans le vocabulaire du droit constitutionnel (Avril 1972, p. 46)<sup>33</sup>. Mais il comporte plusieurs idées fortes qui demeurent valables ; on peut en retenir trois : le parlement ne remplit pas uniquement une fonction législative ; la fonction de contrôle est protéiforme et doit être différenciée, en particulier dans les systèmes de type parlementaire ; le parlement exerce un travail en partie invisible, non entièrement formalisé par les règles juridiques.

La doctrine juridique, notamment française, répugne habituellement à reprendre (fût-ce en l'adaptant) le catalogue de Bagehot. Le plus souvent, on l'a dit, elle se contente de reprendre le binôme législation et contrôle (dans cet ordre)<sup>34</sup>. Au mieux, elle évoquera également la fonction de représentation (ou parfois de communication), mais avec réticence du fait que celle-ci ne s'exprime pas vraiment dans l'émission d'actes formels<sup>35</sup>. Cette répugnance est sans doute à mettre sur le compte du souci (dans le meilleur des cas) de privilégier l'exposé exhaustif des compétences formelles du parlement, que la présentation en termes de

33. Encore la fonction de contrôle apparaît-elle quelque peu diffractée chez Bagehot.

34. Il en est de même du juge constitutionnel qui, depuis 1998, peut arguer de la rédaction de l'article 24 de la Constitution cité plus haut.

35. La doctrine allemande, au contraire, met plus volontiers en avant la fonction de représentation (Meyer, 1989). Plus encore, la Cour constitutionnelle allemande s'appuie régulièrement sur l'article 38 de la Loi fondamentale d'Allemagne (« Les députés du *Bundestag* allemand ... sont les représentants de l'ensemble du peuple... ») pour, en extrapolant considérablement, exiger la légitimation parlementaire d'actions du gouvernement.

« fonctions », plus générale et englobante, techniquement moins précise, paraît négliger.

Quoi qu'il en soit, il y a lieu de considérer qu'une saine analyse constitutionnelle aurait intérêt à s'inspirer de Bagehot. On peut même soutenir qu'il s'agit d'un impératif dans le cas des systèmes parlementaires, dont la logique est plus subtile et l'articulation avec le droit plus complexe que dans les systèmes non parlementaires.

La fonction « élective », de désignation (ou de légitimation) du gouvernement est essentielle ; elle est la marque spécifique des systèmes de type parlementaire lorsqu'ils sont parvenus à maturité (Baranger et Le Divellec, 2012). Il s'agit de l'aboutissement ultime (et, à certains égards, logique) du principe de responsabilité politique du gouvernement devant le parlement, lui-même découlant de la fonction de contrôle : du fait de la victoire progressive de la légitimité élective sur la légitimité monarchique traditionnelle, la faculté peu à peu reconnue aux assemblées de contraindre les ministres à démissionner en cas de désaccords politiques devait assez naturellement conduire celles-ci à imposer au chef de l'État les personnes aptes à conduire le gouvernement du pays. Aussi bien les constitutions formelles ont-elles tardé (pour des raisons contingentes ou de prudence constitutionnelle : respecter formellement la prérogative du roi ou ménager une certaine influence au président républicain) à formaliser cette fonction (Le Divellec 2009)<sup>36</sup>. Certaines d'entre elles l'ont fait parfois en imposant un vote de confiance préalablement à la formation du cabinet. Elles l'ont définitivement normée en prescrivant l'élection directe des ministres (ou à tout le moins du premier ministre) par l'assemblée élue au suffrage populaire. Tel fut le cas à partir de 1919 (*Länder* allemands, Autriche en 1920, Irlande en 1937, France et Japon en 1946, R.F.A. après 1949, et de nombreuses autres aujourd'hui). Dans d'autres pays, cette fonction n'étant pas codifiée par une procédure juridique, est implicite (Royaume-Uni, Pays-Bas, Autriche depuis 1929), quand elle n'est pas tout simplement occultée par les acteurs et la doctrine juridique dominante (France de 1958). Cette fonction, « la plus importante de toutes » (Bagehot), est « la grande tâche du Parlement, à laquelle se mesure toute son activité » (Wittmayer, 1928, p. 87). Sans doute, du fait de l'avènement de partis politiques organisés et disciplinés, cette fonction paraît être le plus souvent une formalité (puisqu'elle entérine le « verdict » apparemment rendu par les électeurs lorsqu'est clairement désignée une majorité nettement déterminée). Pourtant, c'est bien parce que cette fonction existe constitutionnellement et, dans certains pays, juridiquement, qu'elle

36. Par ailleurs, certaines ont délibérément renoncé à formaliser l'exigence d'un vote positif préalable dans le but de faciliter la formation de cabinets minoritaires (ainsi au Danemark et en Norvège).

confère virtuellement aux électeurs cette capacité de désignation. Le Parlement reste donc le relais indispensable à cette légitimation démocratique du gouvernement en système parlementaire. Elle emporte ensuite de profondes conséquences sur la dynamique de relations entre le parlement et le gouvernement, tant en matière de législation que de contrôle du gouvernement.

La fonction législative à laquelle participe le parlement n'est, tout bien considéré, plus aussi fondamentale dans les systèmes de type parlementaire : en effet, c'est logiquement au cabinet, porté au pouvoir par la confiance d'une majorité au parlement, qu'il incombe de formuler le programme législatif principal que celui-ci aura à discuter. Créature de la majorité, le cabinet a vocation à diriger les travaux parlementaires, à leur donner l'impulsion, ce qui passe notamment par la préparation de projets de loi. La solidarité politique qui existe ordinairement entre le ministère et une majorité en principe fixe découle de cette logique institutionnelle (ce qui explique, par contrecoup, la pertinence d'une reconnaissance officielle de l'opposition), qui aboutit à ce que le parlement homologue habituellement, parfois après amendements de concession ou de compromis, les projets de l'Exécutif gouvernemental. La logique du gouvernement parlementaire rend donc illusoire l'hypothèse d'un travail autonome du parlement tout entier indépendamment du gouvernement. On doit même considérer qu'un « parlement (parlementaire) » (par opposition à une « législature ») n'est en réalité qu'imparfaitement une institution autonome, puisque l'exécutif gouvernemental est placé en son sein même (comme le formule finalement très bien la définition britannique du *Parliament* rappelée plus haut) et y joue un rôle majeur (Le Divellec, 2009).

Au contraire, dans le système américain de forte indépendance juridique entre l'Exécutif et le Congrès (en particulier le « cloisonnement » organique qui implique que les agents de l'Exécutif ne participent pas aux débats des chambres), ce dernier jouit d'une plus grande autonomie pour légiférer, même si des moyens d'influence réciproque avec le président existent (notamment le veto) et jouent en faveur d'une négociation permanente (par des voies informelles) à défaut de laquelle le système peut se bloquer. Le Congrès est d'autre part plus à même de contrôler activement l'administration puisque, dans une relation d'extranéité avec la présidence, il n'est pas lié structurellement avec elle. En d'autres termes, les interactions indispensables entre l'Exécutif et le Congrès américains se déroulent essentiellement d'organe à organe, de manière externe si l'on peut dire, au lieu qu'elles sont en grande partie internes (notamment dans les relations entre le cabinet et sa majorité) dans les systèmes épousant la logique du gouvernement parlementaire. D'une certaine manière, une logique un peu comparable à celle des États-Unis opère dans le régime directorial de la Suisse, qui ne repose pas sur la solidarité entre le Conseil

fédéral et les chambres parlementaires, à ceci près que les gouvernants sont placés sous la restriction des votations populaires.

## 2. Le Parlement et la direction de l'État

L'approche dynamique par les fonctions permet déjà de mieux saisir le rôle du Parlement, tout particulièrement dans les systèmes de type parlementaire. Mais il faut aller plus loin et replacer le parlement dans le fonctionnement global de l'ordre constitutionnel.

La présentation courante selon laquelle le parlement participe à la fonction législative et contrôle l'action du gouvernement remonte aux origines des systèmes représentatifs modernes mais ne rend pas justice de la place constitutionnelle véritable qu'il a acquise avec l'avènement de la démocratie.

La doctrine juridique (républicaine), certes, a parfois été tentée d'aller plus loin en affirmant un rôle dominant du parlement au sein du système constitutionnel. Ainsi, par exemple, Kelsen énonçait que « *Le parlementarisme, c'est la formation de la volonté étatique déterminante par un organe collégial élu par le peuple sur la base du suffrage universel et égalitaire, c'est-à-dire démocratique, et prenant ses décisions à la majorité* » (Kelsen, 1932, p. 38). Et certains textes constitutionnels vont jusqu'à affirmer que « le parlement est l'organe suprême » de l'État (par ex. art. 41 de la Constitution du Japon de 1946). De telles présentations sont pour le moins contestables car les rapports entre les assemblées délibérantes et les organes gouvernementaux ne peuvent s'analyser utilement en termes de stricte hiérarchie comme ce peut être le cas au sein d'une administration. C'est bien plutôt une relation de coopération complexe et multiforme qui caractérise ces rapports, qui ne peuvent pas être figés et doivent s'apprécier de façon relative et variable. L'équilibre effectif entre un parlement et un gouvernement est une question politique, non juridique (Mirkine-Guetzévitch, 1937), tributaire de quantité de facteurs contingents : tantôt une majorité parlementaire parviendra à imposer ses vues au cabinet, tantôt elle se fera dominer.

Au rebours des analyses en termes de hiérarchie, on trouve, notamment dans la littérature juridique allemande, un effort pertinent pour redessiner la problématique des assemblées parlementaires, en mettant en particulier l'accent sur l'idée selon laquelle la direction de l'État n'est et ne peut être le monopole d'un organe mais appartient au Parlement et au gouvernement en coopération, à travers un exercice partagé non seulement de la fonction législative mais encore d'autres actes juridiques, instituant donc une sorte de co-gérance de la direction de l'État (Wittmayer, 1928 ; Friesenhahn, 1958).

La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne elle-même a bien décrit (notamment dans ses arrêts de 1982 et 2005 relatifs au droit de dissolution) la dynamique d'entrelacement qui se noue entre les parlementaires (notamment de la majorité) et le gouvernement. Mais il est rare que les juges constitutionnels parviennent à formuler une telle dynamique relationnelle, qui suppose de dépasser l'approche exclusivement formelle qu'ils privilégient généralement.

### **3. Le problème de la tension entre les règles juridiques et la réalité (concrète) des parlements**

Si la science du droit constitutionnel fait montre d'une capacité certaine à la précision dans la présentation des règles formelles relatives aux parlements et à leurs compétences, elle éprouve des difficultés structurelles à saisir l'essentiel de ce qui se passe réellement au parlement. Cela non seulement parce que dominent encore les études relativement descriptives sur les assemblées, notamment dans les manuels de droit constitutionnel. Mais encore en raison de cette difficulté ancienne de la science juridique à clarifier son discours sur la nature du droit et à l'articuler au monde des faits. Pourtant, il est indéniable que la plupart des juristes constitutionnalistes ne se bornent pas à une pure description des normes *juridiques* en vigueur mais incluent dans une certaine mesure « la pratique » ou, mieux, l'application concrète des normes, même si c'est bien souvent de manière succincte. Mais, plus profondément, le traitement par les juristes de la tension entre les règles juridiques formelles et la réalité des parlements souffre d'une inadéquation des concepts et théories, souvent bâtis sur des présupposés erronés ou réducteurs (cf. *supra* Section III), avec leur objet, qui doit être le sens global de l'ordre constitutionnel, plus précisément de son système de gouvernement. Or, celui-ci ne se réduit pas à une juxtaposition d'organes.

Dès lors, la littérature juridique ressasse volontiers des thèmes qui sont autant de poncifs : les parlements modernes seraient devenus des « chambres d'enregistrement » des volontés de l'Exécutif ; leur fonction de contrôle de l'Exécutif serait faible voire nulle, notamment du fait de la discipline des partis de la majorité ; le caractère devenu très exceptionnel de la chute de gouvernements suite au vote d'une motion de censure ou au rejet d'une question de confiance officiellement posée est interprété comme une absence de responsabilité politique.

Sur le premier point, on a vu plus haut (Section V, point 1) combien la logique à l'œuvre dans tous les systèmes parlementaires aboutit irrésistiblement à placer l'exercice concret de la fonction législative au couple gouvernement-parlement (ou du moins sa majorité). Le *leadership*

(à intensité d'ailleurs variable) du gouvernement sur les opérations parlementaires, tout en étant « naturel », n'est que peu ou pas formalisé par le droit et difficile à mesurer pour l'analyse juridique classique. On peut ajouter que l'essentiel des processus de décision s'est depuis longtemps (sinon toujours) déplacé de la séance publique aux processus informels<sup>37</sup>, fait que le très juriste Kelsen lui-même avait noté : « *dans les démocraties modernes, une partie très importante, bien que non perceptible du dehors, du travail législatif s'opère, non pas dans la procédure parlementaire, mais dans le sein du gouvernement, qui ne doit pas y faire un usage moindre de la faculté d'initiative directe et indirecte que dans la monarchie constitutionnelle* » (Kelsen, 1932, p. 42).

Sur le second point, on peut objecter que les discours de déploration réduisent implicitement la responsabilité et le contrôle politiques à leur face négative et spectaculaire ; ils négligent, d'une part, que tout gouvernement nouvellement constitué (après de nouvelles élections générales ou suite à la démission du précédent) procède d'une anticipation de la responsabilité et, en réalité, une pure application de la fonction électorale. Et, d'autre part, que la majorité exerce généralement un contrôle de co-direction, régulateur, selon des processus qui ne sont pas toujours visibles de l'extérieur. Quant à la discipline d'une majorité, elle fait sans doute en plus d'une occasion obstacle à la sanction d'une mesure gouvernementale ou d'un ministre mais, précisément, elle manifeste la fonction de soutien qui, dans la logique institutionnelle du parlementarisme, lui incombe.

\*\*\*

Si le droit constitutionnel en tant que corps de règles remplit sa fonction d'encadrement essentiellement formalisé de l'institution parlementaire, il ne peut prétendre fixer de façon parfaitement explicite et immuable la dynamique au sein de laquelle, dans le jeu de multiples interactions avant tout politiques, se déroule la vie même de cette institution. Pour autant, il incombe bien à la science du droit constitutionnel de penser pleinement cet objet. L'importance du droit constitutionnel dans l'étude des parlements n'est, en somme, pas contestable. Mais il importe que les juristes contemporains interrogent profondément leurs schémas de pensée quant aux institutions politiques et, tout particulièrement, au parlement.

37. Bagehot, déjà, avait souligné l'importance du « travail invisible (*the unseen Work*) » du Parlement anglais. La doctrine allemande s'est intéressée au problème après 1945, d'abord mis au jour par les politistes (v. Le Divellec, 2004).

## RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Ameller (Michel), 1966, *Parlements*, Paris, Presses Universitaires de France.
- Avril (Pierre), 1972, *Les Français et leur Parlement*, Casterman.
- Avril (Pierre) et Gicquel (Jean) 1988, *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien.
- Bagehot (Walter), 1869, *La Constitution anglaise*, Paris, Germer Baillière.
- Berriat Saint-Prix (Félix), 1851, *Théorie du droit constitutionnel français*, Paris, Videcoq aîné.
- Blachère (Philippe), 2012, *Le Parlement en France*, Paris, L.G.D.J..
- Blackstone (William), 1765, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford University Press.
- Bluntschli (Johann Caspar), 1881, *Le droit public général*, Paris, Guillaumin.
- Boldt (Hans), 1978, « Parlement, Parlamentarische Regierung, Parlamentarismus », dans Brunner (Otto), Conze (Werner), Kosellek (Reinhard), 1978, *Geschichtliche Grundbegriffe*, Stuttgart, Klett-Cotta, tome IV, p. 649-676.
- Carré de Malberg (Raymond), 1984 [1931], *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica.
- Constant (Benjamin), 1829, *Mélanges politiques et historiques relatifs aux événements contemporains*, Paris, Librairie américaine.
- Friesenhahn (Ernst), 1958, « Parlament und Regierung im modernen Staat », dans *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, De Gruyter, t. 16, p. 9-73.
- Furet (François), Halévy (Ran), 1996, *La monarchie républicaine*, Fayard.
- Hauriou (Maurice), 2014 [1929], *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz.
- Kelsen (Hans), 1932, [1929], *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Economica.
- Laver (Michael), 2008, « Legislatures and Parliaments in Comparative Context », dans Barry Weingast (Barry) et Wittman (Donald), (dir.), *Oxford Handbook of Political Economy*. Oxford, Oxford University Press, p. 119-140.
- Le Divellec (Armel), 2004, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, Paris, L.G.D.J..
- Le Divellec (Armel), 2009, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États européens », *Jus Politicum*, Dalloz, vol. 1, p. 185-225.
- Le Divellec (Armel), 2012, « Bagehot et les fonctions du Parlement (britannique) », *Jus Politicum*, ([www.juspoliticum.com](http://www.juspoliticum.com), n° 7, en ligne).

- Le Divillec (Armel), Baranger (Denis), 2012, « Régime parlementaire », dans M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 2, p. 159-193.
- Lefebvre (Charles), 1882, *Etude sur les lois constitutionnelles de 1875*, Paris, Maresq,
- Locke (John), 1690, *Second Traité du gouvernement civil*.
- Macarel (Louis-Antoine), 1833, *Eléments de droit politique*, Paris, Nève.
- Meyer (Hans), 1989, « Die Stellung der Parlamente in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes », dans Hans-Peter Schneider et Wolfgang Zeh, *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, Berlin-New York, De Gruyter, p. 117-163.
- Mirkine-Guetzévitch (Boris), 1937, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après-guerre*, Paris, Sirey.
- Parodi (Jean-Luc), 1970, « Le rôle du Parlement dans le système politique français », Table-ronde de l'Association française de science politique, 1970, p. 29 (ronéoté).
- Saint-Simon (Claude-Henri), 1925 [1814], *De la réorganisation de la société européenne* (rééd. Paris, Les presses françaises)
- Troper (Michel) et Hamon (Francis), 2016, *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 37<sup>e</sup> éd.
- Verney (Douglas), 1959, *The Analysis of Political Systems*, Londres, Routledge & Kegan Paul, p. 21-23.
- Wittmayer (Leo), 1928, *Demokratie und Parlamentarismus*, Breslau, F. Hirt.