

NATURE ET RÔLE DE LA JURISPRUDENCE EN DROIT PARLEMENTAIRE FRANÇAIS

Par

Alain DELCAMP

*Directeur du Service des Commissions du Sénat,
Professeur à l'Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence (France)*

SOMMAIRE

INTRODUCTION

I - LE DROIT PARLEMENTAIRE, DROIT AUTONOME ET SPÉCIFIQUE

A - Le droit parlementaire, droit autonome

B - Spécificités du droit parlementaire et place de la jurisprudence

1 - Spécificités des buts

2 - Spécificités des sources

a) La Constitution, les "lois organiques" et la loi

b) Le Règlement et les autres sources écrites autonomes

c) Coutumes, conventions et jurisprudence

II - JURISPRUDENCE ET DROIT PARLEMENTAIRE

A - Faiblesse de la jurisprudence classique et essor de la jurisprudence constitutionnelle

1 - Le droit parlementaire n'est que marginalement affecté par la jurisprudence des tribunaux ordinaires

2 - La jurisprudence constitutionnelle, source et limites du droit parlementaire

B - La constitution progressive d'une "auto-jurisprudence"

1 - Climat parlementaire et modes d'élaboration du droit

2 - L'auto-jurisprudence "*secundum legem*"

3 - L'auto-jurisprudence "*praeter legem*"

4 - L'auto-jurisprudence "*contra legem*"

CONCLUSION

Le sujet ainsi posé peut surprendre. Il peut même appeler une question de principe : celle de la place d'un tel rapport dans un colloque consacré à la nature et au rôle de la jurisprudence dans le système juridique et envisagé sous l'angle de la comparaison des systèmes de droit.

En tout état de cause, il s'agit d'un sujet restreint et très spécifique, mais la méthodologie juridique qui est la science de la formation du droit peut aussi bien se satisfaire de grandes fresques que d'études ponctuelles, l'important étant de saisir le droit en train de se faire et de juger de ses évolutions. A cet égard, même si l'on doit s'interroger sur la notion même de droit parlementaire et de sa place dans le système de droit, on ne peut nier que le Parlement, lieu de création de ce corps de règles spécifiques, est en soi un véritable laboratoire de création juridique. Lieu collégial où se construit le droit, quel que soit le système juridique considéré, le Parlement a besoin pour cela de ses propres règles.

La deuxième question est de savoir si ce droit peut constituer un exemple de l'intervention de la jurisprudence dans l'élaboration de la règle de droit. La diversité des sources du droit parlementaire - Constitution, loi organique, jurisprudences constitutionnelles, usages, précédents, coutume, conventions - peut permettre de le penser, mais cette énumération même montre que la jurisprudence n'en constitue que l'un des aspects. Aussi, à défaut de pouvoir être défini comme un droit dans lequel la jurisprudence joue un rôle majeur, le droit parlementaire peut-il apparaître comme l'un de ceux qui permettent le mieux d'en cerner la nature. A côté d'une jurisprudence au sens classique, sanctionnée par un juge, il est en effet un lieu particulier de création de pratiques qui, par leur répétition et la force juridique qui leur est reconnue, peuvent être constitutives, pour reprendre une expression de Michel Laflandre, d'une véritable "auto-jurisprudence".

I - LE DROIT PARLEMENTAIRE, DROIT AUTONOME ET SPÉCIFIQUE

La première question qu'il convient de se poser est de savoir si le droit parlementaire peut être, en soi, objet d'étude et s'il existe bien comme branche autonome du droit.

Il appartiendra ensuite de déterminer si, en dépit de son mode spécifique d'élaboration, il peut être suffisamment exemplaire pour apporter un éclairage sur le rôle de la jurisprudence dans la formation du droit.

A - LE DROIT PARLEMENTAIRE, DROIT AUTONOME

Le droit parlementaire est le droit qui régit l'institution parlementaire, soit le symbole même d'une forme de démocratie considérée comme la moins mauvaise de toutes. Ce faisant, il n'est pratiqué que par un petit nombre (la Chambre des communes britannique, qui est la plus nombreuse d'Europe, ne compte que 650 membres). C'est donc un droit d'initié et, de ce fait, en dépit d'évolutions récentes, peu connu.

On est en droit de se demander également s'il est un droit suffisamment universel pour pouvoir être pris en exemple. La réponse sur ce point semble devoir être positive : l'Union interparlementaire a ainsi pu dénombrer, en 1989, 145 parlements dans le monde, ceux-ci occupant des places variables dans les systèmes politiques dans lesquels ils fonctionnent. A côté des parlements européens qui

assurent une "fonction décisive" (1) coexistent des parlements à la fonction plus "symbolique". Tous assurent cependant une fonction de représentation et les attributions qui en découlent (législation et contrôle budgétaire), même si le poids du système des partis peut conduire à une certaine "déformation de l'image collective" (partis uniques ou "fronts populaires" des anciennes démocraties). Les années récentes prouvent toutefois que la constitution de parlements à la suite d'élections libres et pluralistes constitue le passage obligé vers la démocratie. Parlementarisme et droit parlementaire deviennent, à travers les missions dites d'"ingénierie institutionnelle" des articles d'exportation.

Si le parlementarisme et la délibération collective comme source d'élaboration de la règle de droit principale qu'est la loi sont ainsi des références incontestées, le droit parlementaire a, en tant que tel, quelque mal à affirmer son autonomie. Corps de règles régissant l'une des institutions majeures de l'État, il peut, à côté de "conventions de la constitution", constituer l'essence même du droit constitutionnel dans les pays de common law dépourvus de Constitution écrite. Dans les systèmes marqués par le "constitutionnalisme" et une évolution vers la rédaction de constitutions de plus en plus détaillées, il a en revanche quelque mal à s'en distinguer. Il n'en constitue souvent que l'une des branches et son importance est plutôt sous-estimée.

Dans la tradition juridique française qui est, après la Grande-Bretagne - "mère des parlements" -, la plus marquée par le parlementarisme, - au point d'avoir confondu longtemps souveraineté nationale et souveraineté du parlement (2) et lui avoir sacrifié stabilités gouvernementale et constitutionnelle -, le droit parlementaire considéré comme une branche autonome du droit n'est apparu qu'assez tard.

C'est en 1893, en effet, plus de cent ans après la mise en place des premières assemblées (lesquelles privilégièrent l'expérience des assemblées du clergé (3)) que paraît la première édition du Traité de droit politique, électoral et parlementaire d'Eugène Pierre, secrétaire général de la Chambre des députés.

Il ne s'agissait pourtant que d'un recueil pratique à l'image de ce qui avait été réalisé dès 1844 par son collègue des communes Thomas Erskine May ou par Thomas Jefferson (4), futur président des États-Unis lorsqu'il présidait le Sénat à la fin du XVIII^e siècle.

L'"inventeur" de la discipline comme objet de recherche et d'enseignement, en dépit de quelques précédents ponctuels, fut cependant le doyen Marcel Prelot, ancien président de la commission des lois de la Chambre des députés et ancien sénateur à la fin des années cinquante qui l'enseigna à l'institut d'études politiques de Paris (5).

(1) Didier Maus, Article "Parlements" du dictionnaire constitutionnel (direction de O. Duhamel et Y. Mény).

(2) d'où l'expression de "parlementarisme absolu" que l'on rencontre sous la plume de Carré de Malberg.

(3) L'influence de Sieyès fut déterminante pour repousser la référence à l'expérience anglaise souhaitée par Mirabeau (P. Avril et J. Gicquel - Droit parlementaire 1988, p. 2), mais cette affirmation est nuancée par les études de André Castaldo (les méthodes de travail de la Constituante, Paris 1989). Ce n'est que plus tard, sous la Restauration, que le parlementarisme à l'anglaise servira de référence privilégiée. Michel Debré lui-même, qui en était un fervent admirateur, y fit référence pour introduire, en France, la notion de parlementarisme rationalisé, inconnue en Angleterre, mais qui permettrait d'obtenir en France par les lois ce que les Anglais obtenaient par les moeurs.

(4) Traduit en français sous le titre : Manuel du droit parlementaire ou Précis des règles suivies dans le Parlement d'Angleterre et le Congrès des États-Unis, pour l'introduction, la discussion et la décision des affaires ; compilé à l'usage du Sénat des États-Unis.

(5) Droit parlementaire français. Université de Paris. Institut d'études politiques 1957-1958. "Le droit parlementaire n'est pas un chantier, mais une construction ; nous avons l'ambition d'édifier un droit, c'est-à-dire non seulement d'observer les règles existantes - ce qui est indispensable - mais d'ordonner ces règles, de voir comment elles s'agencent pour former des entités qui sont proprement l'objet de la science du droit" (p. 48).

Il devait en donner une double définition, qui demeure une référence pour Pierre Avril et Jean Gicquel, auteurs du premier manuel de droit parlementaire, paru en 1988 (6).

D'un point de vue matériel, le droit parlementaire est, pour Marcel Prelot, "cette partie du droit constitutionnel qui traite des règles suivies dans l'organisation, la composition, les pouvoirs et le fonctionnement des assemblées politiques (7)".

La deuxième définition, qui nous intéresse davantage, se place du point de vue de la *nature de ses normes*. "Dans le second sens, le droit parlementaire se définit comme le *droit spécial des assemblées* : il désigne la "légalité" particulière qui exprime leur traditionnelle autonomie et qui résulte de leur pouvoir d'auto-organisation. Cette légalité spéciale s'interpose entre la légalité générale (notamment d'ordre constitutionnel) qu'elle est naturellement tenue de respecter et les personnes qui sont placées dans sa dépendance et auxquelles elle s'applique directement" (8).

Le droit parlementaire est ainsi "l'ensemble des règles écrites ou coutumières que suivent les membres des assemblées politiques dans leur comportement individuel ou collectif".

La place des dispositions non écrites apparaît ainsi comme l'une des spécificités de ce droit.

B - SPÉCIFICITÉS DU DROIT PARLEMENTAIRE ET PLACE DE LA JURISPRUDENCE

1 - Spécificités des buts

Le droit parlementaire s'efforce d'abord de répondre à un *problème pratique* : celui de régler le débat de manière à permettre une décision. Il est ainsi d'abord et surtout un *droit d'organisation*.

En relève aussi naturellement la définition des différents organes tant institutionnels qu'administratifs nécessaires à la préparation de ces décisions (commissions) et à l'expression de la représentation (groupes politiques).

Sa spécificité provient de la *combinaison constante de cet aspect pratique et de la mise en oeuvre des finalités mêmes d'un système politique démocratique* : l'organisation de l'expression égale de l'ensemble des opinions.

A cet égard, le droit parlementaire s'efforce de préserver les capacités d'expression tant individuelles (la notion de groupe politique ne fut reconnue dans le règlement de la chambre des députés française que le 1er juillet 1910) que collectives. Cette faculté d'expression peut être réglementée pour des considérations d'ordre pratique, mais cette réglementation n'est que rarement liée et, a fortiori, subordonnée à des notions de représentativité. L'expression est d'abord individuelle et son respect se déduit de ce que chaque représentant est non seulement une partie du souverain mais le souverain lui-même (d'où le refus, de principe, du mandat impératif qui pourrait nuire à l'expression de la souveraineté).

Droit d'organisation, le droit parlementaire est aussi un *droit de protection*. C'est ainsi que le statut personnel du parlementaire (sous le double aspect de son irresponsabilité et de son inviolabilité), dans la conception classique, en relève tandis que le principe d'autonomie - toujours dans la conception classique - en vigueur

(6) Ouvrage précité. Éditions Monchrestien, Paris, p. 261.

(7) Cours de droit parlementaire français. o.p. p. 5. L'expression "assemblée politique" est la traduction de l'opinion dominante dans la doctrine constitutionnelle et administrative française selon laquelle, avant la décentralisation, seules pouvaient être qualifiées de "politiques" les élections nationales, les élections locales ne pouvant être, quant à elles, que des élections administratives.

(8) P. Avril, J. Gicquel. o.c. p. 2.

d'ailleurs dans la plupart des pays, entraîne que les assemblées soient seules juges de l'élection de leurs membres.

Le droit parlementaire est aussi et fondamentalement un droit de protection de la minorité. La règle, certes, est fixée par la majorité, mais la prudence et les alternances propres au régime démocratique font qu'un certain équilibre doit être assuré en permanence.

Le droit parlementaire est, en troisième lieu, un droit constituant dans la mesure où il organise ou précise les voies et moyens par lesquels sont assurés devant et par les chambres la responsabilité des gouvernements et le contrôle de leur action quotidienne.

Ces traits fondamentaux expliquent qu'Eugène Pierre, au temps du parlementarisme triomphant de la IIIe République, ait pu considérer que le règlement qui "n'est en apparence que la loi intérieure des assemblées, un recueil de prescriptions destinées à faire procéder avec méthode une réunion où se recroisent ou se heurtent beaucoup d'inspirations contradictoires. En réalité, c'est un instrument redoutable aux mains des partis ; il a souvent plus d'influence que la constitution sur la marche des affaires publiques" (9).

Cette citation est à la fois significative de l'autonomie traditionnellement laissée aux assemblées pour leur organisation (autonomie qui pourrait être la source et le fondement d'une "auto-jurisprudence" (10)), mais elle s'applique mal à l'évolution qui a marqué l'institution parlementaire - en France tout particulièrement, mais pas uniquement - et qui s'est caractérisée par le développement de *règles supra-réglementaires* ; celles-ci ont contribué également à accroître l'importance du droit écrit par rapport aux pratiques ou à la coutume.

Aussi bien, l'une des caractéristiques du droit parlementaire d'aujourd'hui est-elle aussi la *très grande diversité de ses sources*.

2 - Spécificités des sources

L'élaboration du parlementarisme a été très progressive (11), si bien que le droit parlementaire a pu sembler, même dans des pays de droit écrit, comme étant fortement marqué par la coutume (12).

Cette appréciation n'est plus exacte aujourd'hui, surtout en France où la Constitution de 1958 a fortement accentué une évolution générale, réduisant considérablement la capacité créatrice des assemblées de leur propre droit, mais introduisant, à l'inverse, la jurisprudence constitutionnelle au rang des sources du droit parlementaire.

Les pays dépourvus de Constitution écrite font aujourd'hui figure d'exception et c'est précisément dans le *texte constitutionnel* lui-même que le droit parlementaire trouve sa première source et ce, d'autant plus, que les Constitutions

(9) E. Pierre. Traité précité n° 445.

(10) Cette autonomie, qui pourrait n'être que la traduction du principe de la séparation des pouvoirs au bénéfice du pouvoir législatif allait en France bien au-delà : elle était le fondement de l'affirmation de la toute puissance parlementaire et le symbole d'un état d'esprit : "d'une façon générale, le droit parlementaire français continue d'être orienté dans le sens de l'indépendance vis-à-vis du gouvernement et de la liberté des débats plutôt qu'en vue de son soutien et de leur efficacité". Marcel Prelot, cours précité, p. 26.

(11) Marcel Prelot situe la formation coutumière du régime parlementaire en Angleterre entre 1689 et 1837.

(12) La France elle-même ne fait pas exception à la règle : pour ne prendre que quelques exemples, le principe de la responsabilité ministérielle non prévu par les textes apparaît sous la Restauration ; c'est la coutume qui est à l'origine de l'émergence, sous la IIIe République, de la fonction de Président du Conseil, de même que la reconnaissance du droit pour le Sénat de renverser le ministère.

apparaissent comme de plus en plus détaillées. Le droit constitutionnel est donc ainsi à la fois "le fondement et l'abrégé du droit parlementaire" (13).

a) *La constitution, les "lois organiques" et la loi*

C'est dans la loi fondamentale allemande et non dans le règlement du Bundestag qu'apparaît pour la première fois la "motion de défiance constructive" qui servira de modèle pour nombre d'institutions. C'est la Constitution également qui règle en général les procédures d'élaboration de la loi dans les États qui ont adopté un système bicaméral. Les nouvelles Constitutions y consacrent d'importants développements : à défaut d'avoir pu mettre au point une Constitution entièrement nouvelle, la Pologne s'est donnée le 17 octobre 1992 une "petite Constitution" destinée à régler "les relations mutuelles entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif". La Constitution roumaine, approuvée par référendum le 8 décembre 1991, comporte une section spécialement consacrée à la "procédure législative" (art. 72 à 79) tandis que le nouveau projet de révision de la Constitution belge, non encore définitivement adopté, consacre de longs développements aux nouveaux rapports entre Chambre des députés et Sénat et à la mise en œuvre de la responsabilité gouvernementale (tentative de création d'un "gouvernement de législature").

Il se peut que la Constitution révèle, d'autre part, une volonté non seulement d'encadrer mais aussi de réduire l'autonomie du parlement. La Constitution française de l'An III (1795), soucieuse d'éviter le retour à une dictature d'assemblée, était volontairement minutieuse et réduisait la place du Règlement, norme écrite autonome des assemblées. Elle est, à cet égard - mais à cet égard seulement -, l'ancêtre de la Constitution de 1958 qui introduit le "parlementarisme rationalisé". Celui-ci soustrait des pans entiers au domaine du droit parlementaire (le contrôle des élections notamment), organise des procédures destinées à assurer la stabilité gouvernementale qui s'imposent aux règlements des assemblées, prend ouvertement le contrepied des traditions parlementaires les mieux établies (cantonement du domaine de la loi, ordre du jour prioritaire, discussion sur la base du texte du gouvernement, fixation du nombre des commissions).

L'exemple français est également très représentatif du fait que les Constitutions sont souvent complétées par des lois dites organiques, dont l'élaboration obéit à des procédures spéciales et dont beaucoup contiennent des dispositions très détaillées concernant le Parlement.

L'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances définit avec précision les règles relatives à la procédure budgétaire. Elle s'inscrit d'ailleurs à la suite d'une première entorse importante à la souveraineté des assemblées en matière réglementaire. La procédure budgétaire avait déjà en effet fait l'objet d'un décret-loi à la fin de la IV^e République (décret-loi du 19 juin 1956) (14). Cette notion de loi organique n'est pas propre à la France. Elle a été reprise notamment, à l'époque contemporaine, par des pays comme l'Espagne ou la Roumanie.

La loi elle-même peut naturellement être une source du droit parlementaire. C'est une loi ordinaire qui, en France, a notamment introduit les règles constitutives des commissions d'enquête ou de contrôle (ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires). Cette même loi précise le régime des pétitions et confirme les conditions de l'autonomie financière

(13) Marcel Prelot, *op. cit.* p. 18.

(14) Marcel Prelot en explique parfaitement la genèse. Il fut en quelque sorte la réponse à l'incapacité des assemblées à s'auto-réformer. *op. cit.* Tome IV. Le pouvoir et les procédures parlementaires, p. 5-6.

des assemblées. Elle fut notamment modifiée le 6 juillet 1979 et le 8 juillet 1983 pour instituer les délégations parlementaires pour les communautés européennes et l'office parlementaire des choix scientifiques et technologiques. On voit donc que la loi peut désormais être retenue pour déterminer l'organisation interne des assemblées elle-même.

b) *Le Règlement et les autres sources écrites autonomes*

A ces sources écrites traditionnelles, s'ajoutent des sources écrites plus spécifiques au premier rang desquelles figure le règlement, principale source de la "légalité intérieure" des assemblées. Celui-ci a pour caractéristique d'émaner de résolutions débattues hors de la présence du gouvernement (ce qui, en soit, constitue une coutume) par chaque assemblée en son sein.

Le règlement d'assemblée s'oppose à la loi en ce qu'il est l'oeuvre de la seule assemblée intéressée et qu'il ne fait pas l'objet d'une promulgation. De ce fait, il ne saurait représenter l'expression de la volonté générale.

Ses dispositions sont de plus en plus détaillées, accentuant l'évolution du droit parlementaire vers le droit écrit. C'est ainsi que le Règlement de l'Assemblée nationale française ne comporte pas moins de 164 articles répartis en 41 chapitres et celui du Sénat 110, ordonnés en 19 chapitres. Nombre de ces dispositions trouvent d'ailleurs leur origine dans des règlements antérieurs, ce qui confirme que les dispositions réglementaires peuvent, à certains égards, être indépendantes des dispositions constitutionnelles et constituer des éléments de continuité à travers les différents régimes politiques. Tout en étant écrit, le Règlement peut donc être considéré comme étant lui-même porteur de la tradition parlementaire.

Cette importance de l'écrit est, comme le fait observer Jean-Louis Pezant (15), une réalité que l'on peut constater à l'époque contemporaine dans de nombreuses assemblées parlementaires. Cette importance semble d'ailleurs d'autant plus grande que l'assemblée est plus récente : si le Règlement du Bundestag compte 128 articles - mais complétés par d'abondantes directives - et celui de la Chambre des députés italienne 153, celui du Congrès des députés espagnol en comporte 207 "d'un texte souvent serré". La chambre des communes elle-même n'échappe pas à cette évolution. Contrairement à l'idée généralement répandue, il existait des règles écrites dès 1707 (16) et les principaux "standing orders" sont rassemblés dans un règlement (*The Manual of Procedure in the Public Business*) ainsi que les "Rulings of the Chair", c'est-à-dire les décisions prises par le speaker ou le chairman de la Chambre entière. C'est le règlement en particulier qui détermine les différentes "lectures" auxquelles doivent être soumis les textes.

Le Règlement est lui-même complété par d'autres dispositions écrites - et c'est une autre caractéristique du droit parlementaire - élaborées par des autorités différentes au sein même des assemblées. Le Règlement de l'Assemblée nationale et du Sénat sont ainsi complétés par une instruction générale du Bureau (28 articles à l'Assemblée, pages roses ; 22 au Sénat, pages jaunes) qui détermine en particulier les modalités de délégation du droit de vote ou le fonctionnement des commissions. Cette instruction générale est elle-même complétée par des arrêtés du Bureau ou (en ce qui concerne les aspects matériels du fonctionnement des assemblées (17)) du Conseil de questure.

(15) Quel droit régit le Parlement ? Pouvoirs. Presses universitaires de France n° 64, 1993, p. 63 et suivantes.

(16) J.L. Pezant, *op. cit.*

(17) Les éléments matériels peuvent toutefois revêtir une portée politique, par exemple lorsqu'il s'agit de définir les moyens mis à disposition des différentes commissions d'enquête mises en place.

c) Coutumes, conventions, jurisprudence

La "coutume" parlementaire ne vient qu'ensuite mais, comme on le verra, elle demeure un complément indispensable et important de formation du droit, soit qu'elle complète les textes, les interprète ou s'y substitue. Si l'on retrouve dans l'élaboration du droit parlementaire les éléments constitutifs de la coutume (la répétition, le temps et l'"*opinio juris*"), celle-ci est toujours réversible (18). C'est la raison pour laquelle nombre d'auteurs préfèrent parler de *droit parlementaire non écrit* à qui ils ne reconnaissent, en l'absence d'intervention du juge, que "*l'autorité de chose décidée*" (19). A la différence de la coutume proprement dite en effet, qui "naît des habitudes de ceux qui la suivent" (20), *l'évolution du droit parlementaire se fait le plus souvent par le biais d'"interprétations" qui constituent autant de "précédents" et qui émanent d'autorités dotées d'un pouvoir de décision (président, bureau, conférence des présidents, commissions, assemblée elle-même).*

Droit politique, créé par des acteurs politiques, le droit parlementaire non écrit implique aussi, pour devenir effectif, un concours de volonté plus manifeste que la simple "*opinio juris*". Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'accord soit formulé de manière explicite mais chacun sait que tout accord repose sur le maintien du consensus (21). C'est la raison pour laquelle, plutôt que de parler de coutume parlementaire, on préfère insister aujourd'hui sur le caractère *conventionnel* du droit parlementaire non écrit (22) et ce d'autant plus que sa formation peut nécessiter l'accord du Gouvernement (exemple de la création coutumière des questions au Gouvernement, à l'Assemblée nationale et au Sénat).

Dans un tel contexte, le rôle de la jurisprudence peut sembler pour le moins limité dans le processus de formation du droit. De fait, la jurisprudence conçue comme un mode de formation du droit par l'autorité d'un juge ne trouve que peu d'occasion de se manifester, ne serait-ce qu'en raison du principe de la séparation des pouvoirs qui s'oppose à l'intervention du juge ordinaire dans le fonctionnement du pouvoir législatif. Celui-là se déclare d'ailleurs le plus souvent incompétent.

Le développement du constitutionnalisme a toutefois généré une intervention jurisprudentielle spécifique à travers l'essor des procédures de contrôle de constitutionnalité. La "légalité interne" des assemblées peut s'en trouver désormais affectée.

Paradoxalement, cet essor même du contrôle a entraîné un renouveau de l'élaboration conventionnelle qui, ajouté aux formes traditionnelles que constituent les usages et les précédents, fait du Parlement le créateur d'une véritable "auto-jurisprudence". En dépit du caractère abusif que peut sembler revêtir l'emploi d'un tel qualificatif à propos d'un mode d'élaboration du droit dont le juge est totalement

(18) Le précédent, écrit Eugène Pierre, "pourra être invoqué lorsqu'une difficulté analogue surgira, à l'esprit duquel il sera toujours bon de se référer, mais qui ne liera de façon absolue ni l'Assemblée, ni le Président".

(19) Jean-Louis Pezant. Le contrôle de la recevabilité des initiatives parlementaires. Revue française de science politique, 1981, p. 153.

(20) Marcel Prélot, o.c., p. 35. On pourra parler alors d'usage, même si l'usage n'a pas la force juridique prêtée à la coutume et fait intervenir des notions de comportement.

(21) Parmi les éléments de ce consensus, figure aussi, justement, l'idée qu'il existe des "usages constants", voire une "jurisprudence constante" (cf. intervention de M. Jacques Guyard, député, à l'Assemblée nationale, le 17 décembre 1987, qui fait référence à celle-ci : "Dans l'interprétation habituelle de l'article 93 qui concerne l'organisation des séances, la jurisprudence constante de l'Assemblée, respectée par tous ses présidents et vice-présidents...". J.O. Débats Assemblée nationale, p. 7634).

(22) P. Avril et J. Gicquel, o.c., p. 18.

absent (23), la doctrine aujourd'hui se risque néanmoins à l'employer. Elle peut constituer en tout cas une réponse adaptée au caractère hétérodoxe du droit non textuel qui régit le Parlement, "dont on peut seulement dire qu'il est une *jurisprudence qui n'aurait pas l'autorité de la chose jugée*" (24).

II - JURISPRUDENCE ET DROIT PARLEMENTAIRE

L'existence puis le développement d'une jurisprudence constitutionnelle a été ressentie comme une réduction de l'autonomie des assemblées et de leur faculté de création du droit qui les régit.

Tout en conservant néanmoins, à titre subsidiaire, les modes traditionnels d'élaboration d'un droit parlementaire non écrit, elles ont trouvé dans cette contrainte nouvelle une incitation à développer de nouvelles formes de création de droit dont la moindre n'est pas le dialogue amorcé entre jurisprudence externe et jurisprudence interne.

A - FAIBLESSE DE LA JURISPRUDENCE CLASSIQUE ET ESSOR DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

1 - Le droit parlementaire n'est que marginalement affecté par la jurisprudence des tribunaux ordinaires

Il n'y a pas normalement d'occasion pour les tribunaux ordinaires, au nom de la séparation des pouvoirs, de peser sur le droit parlementaire. Tout au plus, le droit régissant les assemblées peut-il en être marginalement affecté. Il existe toutefois des zones de recouvrement théoriques possibles entre droit parlementaire et jurisprudence des tribunaux mais qui n'impliquent pas néanmoins une collaboration des pouvoirs.

Le principe de la séparation des pouvoirs et celui de l'autonomie des assemblées entraînent une *incompétence de principe des tribunaux à l'égard du Parlement*. Cela est vrai pour les tribunaux judiciaires, sous réserve de l'application, notamment, des règles de la responsabilité civile ; cela est également vrai, en principe, pour les tribunaux administratifs qui peuvent avoir à connaître de la situation individuelle des fonctionnaires des assemblées. La jurisprudence même à cet égard est cependant fort peu développée dans la mesure où le Conseil d'État considère que les litiges entre les assemblées et leur personnel sont de la compétence de celles-ci et qu'il s'interdit d'apprécier la légalité des règlements pris par le président ou les questeurs (Conseil d'État, 31 mai 1957, Girard). Le législateur a d'ailleurs consacré cette jurisprudence (25).

Quand bien même cette jurisprudence viendrait à évoluer, elle ne saurait être considérée comme l'une des sources du droit parlementaire puisqu'elle n'interfère pas avec la dimension constitutionnelle et politique du rôle des assemblées.

Des zones de contact possibles *entre droit parlementaire et jurisprudence des cours et tribunaux sont cependant apparues avec le développement des procédures*

(23) mais à qui il arrive d'être conditionné par lui, soit que l'auto-jurisprudence tienne compte de certains éléments de jurisprudence préexistants (juge constitutionnel), soit qu'elle constitue, comme on le verra ci-après, une manière pour le Parlement d'éviter l'intervention de son juge.

(24) J. L. Pezant, Pouvoirs, article précité, p. 73.

(25) L'article 31 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 introduisant un troisième alinéa à l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative aux assemblées parlementaires, précise notamment, après avoir confirmé que les fonctionnaires des assemblées sont des fonctionnaires de l'État - mais des fonctionnaires auxquels ne s'applique pas le statut général (art. 2 de cette même loi) - que "la juridiction administrative est appelée à connaître de tous les litiges d'ordre individuel concernant ces agents".

d'enquête et de contrôle, notamment après l'intervention des lois n° 77-807 du 19 juillet 1977 principalement et n° 91-698 du 20 juillet 1991, accessoirement modifiant l'ordonnance du 17 novembre 1958 précitée relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

La procédure devant les commissions d'enquête s'apparente dans la forme aux procédures suivies devant les tribunaux judiciaires. Il existe d'ailleurs au sein des assemblées un courant favorable à une reconnaissance de ce rôle quasi-juridictionnel (26).

Si le texte de l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 prend bien soin de préciser qu'"il ne peut être créé de commission d'enquête sur des faits ayant donné lieu à des poursuites judiciaires et aussi longtemps que des poursuites sont en cours", la frontière exacte entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas laisse malgré tout une assez large place à l'appréciation. Cette incertitude est en général levée grâce à une concertation (coutumière) entre la commission chargée de se prononcer sur la recevabilité des propositions de résolution tendant à créer une commission d'enquête et le garde des sceaux. L'interdiction législative est appréciée de manière de plus en plus large et toujours au bénéfice du Parlement. L'existence d'une instance judiciaire n'est pas en soi considérée comme un obstacle suffisant (27) et il existe au moins un cas où un juge d'instruction a considéré qu'il lui était possible d'apporter son témoignage dans le cadre de travaux d'une commission d'enquête qui n'étaient pas sans lien avec le dossier dont il était lui-même chargé (28). Les propositions du comité consultatif pour la révision de la constitution, présentées le 15 février 1993, vont d'ailleurs dans le sens indiqué par la pratique : "Le comité a estimé, après un large débat, que l'interdiction faite aux commissions parlementaires d'enquête d'interférer avec le déroulement des procédures judiciaires pouvait être tempérée avec prudence." Il a donc proposé d'introduire dans la constitution un nouvel article 43-1 relatif aux commissions d'enquête précisant simplement que celles-ci "ne (pouvaient) se prononcer sur les responsabilités personnelles encourues à l'occasion de faits donnant lieu à des poursuites judiciaires" (29).

La procédure des commissions d'enquête s'apparente à l'audition d'un témoin devant un tribunal. Celui-ci est tenu de comparaître et de prêter serment, et est susceptible d'être poursuivi pour faux témoignage.

(26) C'est ainsi que lors des travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 1991 qui a modifié leur régime juridique, la comparaison entre les pouvoirs des commissions d'enquête et ceux des juridictions pénales a été au cœur des débats sur les conditions de comparution et les mesures destinées à assurer le respect de leurs décisions. Le ministre de la justice penchait pour une égalité parfaite tandis que le rapporteur de la commission des lois du Sénat se déclarait nullement choqué par l'octroi aux commissions d'enquête de "pouvoirs supérieurs aux juridictions pénales" - Séance du 29 juin 1991, p. 2307 à 2310.

(27) Comme le montre l'examen de la résolution sénatoriale "tendant à la création d'une commission d'enquête visant à déterminer les conditions d'application et les conséquences de la réglementation communautaire applicable à la filière laitière, notamment en matière de quotas laitiers, d'existence de fraudes ou de distorsions de concurrence ainsi qu'à proposer des solutions pour remédier à des insuffisances constatées", n° 396 (1990-1991) du 18 juin 1991. Bien que le garde des sceaux, consulté par le Président du Sénat, lui-même sollicité selon une jurisprudence établie par le président de la commission des lois, juge de la recevabilité, ait fait connaître par lettre "qu'une enquête de police judiciaire ordonnée par un procureur de la République, est actuellement en cours sur des faits de fraude mettant en cause une société et une coopérative laitière", la commission d'enquête fut néanmoins créée et remit son rapport (n° 341, 1991-1992), lequel évita toutefois les interférences avec les instances en cours.

(28) L'audition eut lieu à huis clos et son existence même n'apparaît que de manière très indirecte dans le compte rendu des auditions publiques auxquelles a procédé la commission (rapport de la commission d'enquête chargée de recueillir tous les éléments d'information sur les conditions dans lesquelles il a été décidé d'admettre sur le territoire français M. Georges Habache, dirigeant du Front populaire de libération de la Palestine (F.P.L.P.), créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 15 avril 1992 n° 424 (1991-1992), p. 253 (intervention de M. Jean-Luc Melenchon).

(29) Rapport au Président de la République - Paris - La documentation française, 1993, p. 63.

A côté d'incriminations spécifiques (refus de comparaître, non-communication de documents), ces diverses obligations sont sanctionnées sur la base d'incriminations générales (faux témoignage ou subornation de témoins) figurant dans le code pénal. La jurisprudence des tribunaux judiciaires est donc un élément important d'appréciation pour décider de l'applicabilité des sanctions prévues par la loi (30).

Il en est de même pour l'interprétation de la notion de secret, qu'il s'agisse du secret applicable aux travaux (et qu'il convient de rapprocher des règles régissant le secret professionnel avec lesquelles elle peut se trouver en conflit) ou des différents "secrets" opposables aux rapporteurs de ces mêmes commissions ("défense nationale", "affaires étrangères", "sécurité intérieure et extérieure de l'État").

Une autre zone de recouvrement inévitable celle-là tient à l'application des immunités parlementaires. Des "commissions ad hoc" sont ainsi chargées par les règlements des assemblées d'examiner la recevabilité des "demandes de levée d'immunité parlementaire" présentées à l'encontre d'un député ou d'un sénateur ou des "propositions de résolution déposées en vue de requérir la suspension des poursuites engagées contre un député ou un sénateur ou la suspension de sa détention". Depuis le début de la Ve République, 18 députés et 6 sénateurs ont fait l'objet d'une demande d'autorisation qui n'a été accordée que pour 3 députés. 24 demandes de suspension (16 sénateurs et 8 députés) ont été formulées et il a été fait droit à 16 d'entre elles (10 députés et 6 sénateurs). La stabilité des rapporteurs et des présidents requise par la très grande spécialité de la matière a été l'occasion de l'élaboration d'une véritable jurisprudence (qui sera évoquée ci-après).

Des commissions spécialement élues enfin doivent examiner les propositions de résolution portant mise en accusation devant la Haute Cour de justice. Il leur appartient, en particulier, de vérifier l'existence d'un exposé sommaire des faits mais aussi, et surtout, la qualification juridique qui en est donnée afin d'assurer la pertinence des "dispositions législatives en vertu desquelles est exercée la poursuite" (31).

En dépit de leur importance symbolique et pratique, ces zones de recouvrement sont infiniment moins nombreuses que lorsque, conformément à la tradition parlementaire, les chambres sont elles-mêmes juges de l'élection de leurs membres.

En France, cette compétence a été transférée au juge constitutionnel, lequel a également été chargé, en 1958, de vérifier la constitutionnalité du règlement des assemblées et d'assurer ainsi la suprématie des règles constitutionnelles sur l'autonomie des assemblées.

2 - La jurisprudence constitutionnelle, source et limites du droit parlementaire

Cette soumission du règlement au juge constitutionnel a suscité dès l'origine un débat de principe. N'emportait-elle pas un changement de nature du droit parlementaire ? (32). L'usage fait par la haute juridiction de cette compétence nouvelle a été parfois assez rudement ressenti par les assemblées.

(30) Le Bureau du Sénat a eu à statuer récemment sur l'applicabilité du délit de faux témoignage à l'occasion de déclarations effectuées sous serment devant la commission d'enquête sur le système transfusionnel français en vue de son éventuelle réforme.

(31) Art. 18 de l'ordonnance n° 59-1 du 2 janvier 1959 portant loi organique de la Haute Cour de justice.

(32) Tel fut l'un des thèmes des entretiens organisés par l'association française de science politique au mois de mai 1965 : "Le parlementarisme peut-il être limité sans être annihilé ?"

Le contrôle des règlements s'entend non seulement à l'égard de la constitution mais aussi des "lois organiques prévues par elle, ainsi que des mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions" (décision n° 66-28 DC du 8 juillet 1966). Le Conseil constitutionnel devait marquer également dès le début qu'il se référerait au *texte même de la constitution* et non comme l'auraient souhaité certains commentateurs, à la "tradition représentative et parlementaire française" (33). Dès l'origine, le contrôle par le Conseil constitutionnel introduit en effet une rupture sensible avec cette tradition marquée par la déclaration de non conformité des "résolutions", en vigueur sous les Républiques précédentes. Si l'Assemblée nationale tire les conséquences de cette décision rapidement, il n'en est pas de même pour le Sénat, soucieux de "marquer sa déférence pour le Conseil constitutionnel et son désaccord sur le fond" qui attendit plus d'un an (juin 1959 à octobre 1960) pour mettre son règlement en conformité avec la décision.

Le contrôle ne s'applique toutefois qu'aux seuls règlements, à l'exclusion par conséquent des décisions prises par les autorités internes à l'assemblée et habilitées à cet effet (34).

L'effectivité du contrôle du Conseil est assurée par les conditions de son intervention, qui veulent que toutes les résolutions tendant à modifier les règlements lui soient soumises avant leur mise en application (premier alinéa de l'article 61 de la constitution). Il a lui-même très vite considéré également que son contrôle sur les lois qui lui étaient déférées avant promulgation devait s'exercer non seulement sur la conformité des dispositions votées à la constitution mais aussi sur la conformité des conditions d'adoption aux "règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative" (décision n° 75-57 DC du 23 juillet 1975).

Le Conseil est ainsi à même, à la différence d'une juridiction classique, d'assurer le respect de sa propre jurisprudence et celle-ci constitue donc une source externe nouvelle mais très importante désormais (35) du droit parlementaire français.

Ainsi que le rappelle un commentateur avisé (36), "le contrôle sur le règlement des assemblées se caractérise par une grande orthodoxie sur le plan juridique doublée d'une certaine rigueur". Ce sont cependant les initiatives prises par le Conseil au regard de la procédure législative qui ont suscité le plus de controverses.

Le caractère abstrait du contrôle a conduit le Conseil à s'en tenir à une *application stricte et littérale des textes*. Il porte ainsi la marque de la fonction initiale qui lui avait été attribuée d'assurer le respect du "parlementarisme rationalisé". C'est ainsi par exemple que le respect de l'ordre du jour prioritaire l'a conduit à censurer une disposition qui réservait plus d'une séance par semaine aux questions orales (n° 63-25 DC du 21 janvier 1964). Le souci du respect de la lettre ne l'a pas en revanche amené à interdire la discussion de chacune des dispositions du texte sur lequel il est demandé de se prononcer par un seul vote (vote bloqué n° 59-5 DC du 15 janvier 1959).

S'il lui est arrivé de "protéger les assemblées contre elles-mêmes", on peut s'étonner qu'il ait su alors, dans de très rares cas, "tenir compte du poids de la

(33) Georges Berlia, RDP, 1958, p. 271. On remarquera toutefois que le Conseil a fait une rapide allusion à la "tradition parlementaire" dans une de ses premières décisions mais sans en tirer aucune conséquence, bien au contraire (n° 59-5 DC du 15 janvier 1960).

(34) Ce qui permet en particulier à l'instruction générale du Bureau de l'Assemblée nationale d'interdire les délégations de vote en cas de scrutin secret alors que le Conseil avait déjà jugé que l'ordonnance sur les délégations de vote ne prévoit aucune restriction à ce droit. P. Avril et J. Gicquel, o.c., p. 11.

(35) Notamment à la suite de l'élargissement de la saisine du Conseil depuis la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 à soixante députés ou soixante sénateurs. Cet élargissement a pu avoir toutefois, du point de vue du Parlement, des effets pervers : souvent utilisée comme une voie d'appel par la minorité, elle peut déboucher sur des interprétations limitant les droits du Parlement.

(36) Bruno Genevois, alors secrétaire général du Conseil in La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs - Paris, éditions STH, p. 124.

pratique parlementaire" (37), en admettant la violation du principe du vote personnel pourtant explicitement prévu par la constitution au motif qu'en l'espèce, "la sincérité du scrutin" n'en avait pas été affectée (n° 86-225 DC du 23 janvier 1987).

Le contrôle des règlements amène ainsi le Conseil constitutionnel à pénétrer dans l'intimité même du fonctionnement des assemblées. Son souci de respecter la lettre des textes (sauf dans l'exception remarquable précitée) a pour effet aussi d'empêcher certaines évolutions. L'une des propositions imaginées par les assemblées pour la rénovation du travail parlementaire, la procédure de débat restreint (qui elle-même ne constituait qu'une pâle solution de repli face à l'impossibilité de promouvoir la législation en commission en l'absence d'une révision de la Constitution), risque fort de s'ajouter à la déjà longue liste des tentatives mort-nées d'allègement de la séance publique à la suite de la décision n° 90278 DC du 7 novembre 1990 (38).

Ce sont cependant les initiatives prises par le Conseil notamment dans le cadre du *contrôle de la procédure législative* qui ont suscité le plus de controverses et dont certaines ont pu être considérées comme de véritables "arrêts de règlement".

C'est ainsi qu'affirmant son autorité, le Conseil, s'inspirant de certaines évolutions jurisprudentielles du Conseil d'État, a développé la technique dite des "réserves d'interprétation".

Il l'a fait en particulier à l'occasion du contrôle des lois d'habilitation votées en 1986. Par la décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, il déclare la loi autorisant le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnances diverses mesures d'ordre économique et social conforme à la constitution mais déclare que celle-ci "doit être entendue comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au parlement quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre et leurs domaines d'interventions".

Cette même décision avait auparavant précisé qu'il appartenait au Conseil de "n'admettre la conformité à la constitution de la loi d'habilitation que sous l'expresse condition qu'elle soit interprétée et appliquée dans le strict respect de la constitution" (39).

C'est surtout la décision sur les "limites inhérentes au droit d'amendement" qui a suscité la critique ouverte des présidents des deux assemblées (40). Appelé à vérifier la conformité à la constitution de la loi portant diverses mesures d'ordre social, le Conseil a considéré qu'avait excédé les "limites inhérentes au droit d'amendement" l'introduction par un amendement du gouvernement prenant la forme d'un article additionnel, d'un ensemble de dispositions relatives à l'aménagement du temps de travail (amendement "Seguin", du nom du futur président de l'Assemblée

(37) B. Genevois, o.c., p. 136. Le Conseil a dû, pour une fois, accepter de faire céder un principe devant la réalité (ou la nécessité) du fonctionnement des assemblées.

(38) Cette décision s'appuie sur "les règles de valeur constitutionnelle de la procédure législative" au nombre desquelles l'exercice effectif du droit d'amendement pour annuler la disposition qui interdisait à un membre de l'assemblée de reprendre en séance publique un amendement qui aurait été écarté par la commission saisie au fond (cette disposition ne figurait pas dans le texte proposé par la commission).

(39) Pour un exemple d'interprétation dite "neutralisante", on pourra se reporter aussi à la décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984 relative aux entreprises de presse (concentration, transparence financière, pluralisme) Après avoir annulé une série de dispositions, le Conseil déclare la loi conforme à la constitution "sous les strictes réserves d'interprétation" formulées dans ses considérants.

(40) Notamment celle de M. Jacques Chaban-Delmas, président de l'Assemblée nationale, dans le Monde du 29 janvier 1987. On pourra se reporter aussi à l'opinion d'un observateur attentif et autorisé de la vie parlementaire "refuser les innovations sortant des limites inhérentes au droit d'amendement amène le Conseil à un choix subjectif, à substituer sa propre appréciation à celle du Parlement" - Guy Carcassonne, Pouvoirs, 1987, p. 170. Le Conseil a du reste depuis amorcé une évolution de sa jurisprudence - J. P. Camby et P. Servent, Le travail parlementaire sous la Ve République - Paris, Monchrestien 1993, p. 97-104 et 153-154.

nationale) en raison tant de "l'ampleur" que de "l'importance" de ces dispositions (41).

Les présidents des assemblées avaient considéré que par cette avancée jurisprudentielle, le Conseil avait adopté une démarche subjective lui permettant à l'avenir de limiter l'exercice du droit d'amendement non seulement du gouvernement mais aussi des parlementaires.

Enfin, il peut même arriver que le Conseil interprète de manière prétorienne la disposition constitutionnelle introduite par le constituant. Tel fut le cas lors de l'examen par lui des dispositions réglementaires destinées à mettre en oeuvre la nouvelle possibilité ouverte au Parlement de voter des résolutions sur les "propositions d'actes communautaires comportant des dispositions de nature législative". La décision n° 92-315 DC du 12 janvier 1993 déclare que le vote de ces résolutions peut être assimilée à l'émission d'un simple avis alors que l'intention manifeste du constituant était, par ce biais, de donner au Gouvernement une sorte de mandat destiné à le guider dans la négociation de l'acte définitif. C'est ainsi que le rapporteur du Sénat s'était opposé, et avec succès, à celui de l'Assemblée nationale qui entendait, justement, faire de la résolution un simple avis. "Nous ne sommes pas une assemblée consultative. Un "avis" nous comparerait au Conseil d'État ou au Conseil économique et social. Nous sommes, au contraire, une assemblée élue qui doit pouvoir clairement manifester sa volonté" (42). Cette interprétation du Conseil constitutionnel a d'ailleurs soulevé l'étonnement de la doctrine (43).

Le contrôle constitutionnel des règlements et des procédures parlementaires constitue ainsi désormais une sorte d'épée de Damoclès pesant sur les délibérations des assemblées. Cette jurisprudence externe exerce une influence très directe sur le contenu et l'évolution du droit parlementaire. Elle exerce aussi une influence indirecte, en introduisant a priori lors de toute élaboration de résolution tendant à modifier le règlement la préoccupation constitutionnelle. Elle peut être réductrice d'initiatives et, dans certains cas, on l'a vu, un obstacle à certaines réformes. Elle joue ainsi un rôle, non seulement de constitutionnalisation croissante du droit parlementaire, dont l'élaboration échappe ainsi de plus en plus aux assemblées mais aussi de "juridicisation" et de "rigidification".

La perspective de ces excès mêmes, qui pourraient être paralysants, a eu toutefois un effet inattendu et paradoxal : celui de redonner un dynamisme nouveau à l'élaboration de règles non écrites susceptibles d'échapper à la censure du juge (44). Ce dynamisme retrouvé rejoint la tradition parlementaire qui veut que le droit soit un phénomène de création continu dès lors que les conditions de cette création demeurent dans les limites du consensus de ceux qui sont appelés à le respecter.

(41) Décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987. Il s'agissait, pour le gouvernement, de surmonter le refus par le Président de la République de signer une ordonnance ayant le même objet, à quelques heures de la clôture de la session. Reprises sous forme de projet de loi, ces dispositions devaient se heurter, en session extraordinaire, à une très forte obstruction.

(42) Jacques Larche, rapporteur de la commission des lois. Débats Sénat 1992, p. 1428.

(43) Cf P. Avril et J. Gicquel, L'apport de la révision à la procédure parlementaire - Revue française de droit constitutionnel, n° 11, 1992, p. 439 à 455.

(44) La proposition de résolution (n° 272, 1991-1992) déposée par M. Roger Chinaud, sénateur, tendant à modifier l'article 47 bis du règlement du Sénat pour permettre au Conseil constitutionnel de trancher un différent surgi entre le Gouvernement et le Sénat à propos de la discussion des lois de finances rectificative s'inscrit parfaitement à contre courant. L'interprétation du Sénat a ainsi été sanctionnée (décision n° 92-309 DC du 9 juin 1992) alors que cet article avait passé une première fois sans encombre la censure du Conseil. Sans doute, pour reprendre un mot célèbre du cardinal de Bernis, sort-on toujours de l'ambiguïté à son détriment... mais un mauvais usage vaut-il mieux qu'une bonne loi ?

B - LA CONSTITUTION PROGRESSIVE D'UNE "AUTO-JURISPRUDENCE"

L'abondance même des termes utilisés pour désigner les éléments constitutifs du droit parlementaire non écrit : usage, précédent, coutume, pratique, convention, montrent certes la difficulté de définir la nature de ce droit (voir supra) mais surtout l'importance qu'il continue à revêtir dans la vie parlementaire.

A cet égard, la phrase fameuse du doyen Prélôt selon laquelle "le meilleur moyen de connaître le droit parlementaire, je dirai presque le seul, c'est de le vivre" (45) demeure toujours valable.

1 - Climat parlementaire et modes d'élaboration du droit

Le Parlement constitue en effet une société particulière qui a ses règles, générées par l'expérience porteuse de tradition, l'unicité de lieu, la longueur des moments que les parlementaires passent ensemble à débattre, la recherche d'une sérénité indispensable à l'accomplissement de la fonction législative, et apparemment d'autant plus difficile à atteindre que chacun ne peut y participer s'il n'est d'abord sorti vainqueur d'un combat : l'élection.

La première règle de la vie sociale au Parlement est certainement une coutume mais elle n'a pas de force juridique, même si elle implique tous les actes de la vie de l'assemblée : c'est la *courtoisie*, *l'estime que chacun se doit*. Cette règle veut par exemple que l'on ne s'interpelle jamais directement en séance publique et que l'on doit toujours attendre que le président veuille bien vous donner la parole pour la prendre. C'est aussi le respect qui s'attache aux fonctions exercées et qui sont créatrices d'une hiérarchie toujours présente (président et vice-présidents, présidents de commission, rapporteurs, etc...).

Ce sont des règles dépourvues de sanction mais qui suscitent, si on les transgresse, la réprobation muette mais ferme du groupe. Il est d'ailleurs très intéressant d'observer les changements de comportement induits par celui-ci et qui fait que très vite "l'élue" devient "législateur", membre d'une société qui n'aura de sens que dès lors qu'elle s'exprimera collectivement.

Le droit parlementaire non écrit est donc très marqué par "le climat" de son élaboration.

La frontière entre "l'usage" et "la règle" est dès lors parfois difficile à discerner. Ainsi de l'usage qui veut que le président de séance, qu'il soit président de l'assemblée ou l'un des vice-présidents (46) ne participe pas aux votes. C'est une règle importée d'Angleterre mais qui a été suivie de manière assez constante dans les assemblées françaises, même si elle a souffert des exceptions, notamment à l'Assemblée nationale ces dernières années.

L'enfreindre peut être diversement apprécié. Ainsi, lors de l'exemple souvent cité d'Édouard Herriot, descendant de la tribune en juillet 1926 pour combattre le cabinet Briand-Caillaux puis mis ensuite en demeure de former lui-même le Gouvernement et renversé dans la journée. Le président d'assemblée se doit donc d'être un arbitre, précisément pour assurer le respect des règles et les usages qu'il est appelé à appliquer mais aussi les décisions qu'en tant que président de séance, il est conduit à prendre et qui constituent autant *de précédents* (47) susceptibles de servir de

(45) o.c., p. 45

(46) Il est d'usage également que le président de l'assemblée ne vote pas même quand il n'est pas au fauteuil.

(47) "Le président ouvre la séance, dirige les délibérations, fait observer le règlement et maintient l'ordre. Il peut, à tout moment, suspendre ou lever la séance". Art. 33-2 du Règlement du Sénat. C'est lui, en particulier, qui décide s'il y a lieu de voter un texte par division.

fondement à une interprétation de la règle et constitutifs, à terme, d'une règle nouvelle.

Ainsi pourrait-on esquisser une distinction entre l'*usage* qui "sortirait", en quelque sorte, de la pratique et pourrait être à l'origine d'une coutume et le *précédent*, qui constitue une interprétation de la règle (ou une simple décision même prise en l'absence de règle) et qui a vocation, s'il est répété pendant une période suffisante, de faire jurisprudence. On pourrait gloser sur la force obligatoire d'une règle ainsi formée mais l'*opinio juris* est telle que, même en l'absence d'obligation, la règle s'impose et la jurisprudence ne peut, en tout cas, être modifiée que par une disposition écrite prise dans les formes requises. Il est fort peu probable en effet que l'autorité qui est à l'origine du précédent, par exemple le président de séance, prendra elle-même l'initiative de changer la jurisprudence. Gardien d'un équilibre qu'il n'a pas créé mais qui résulte d'un ensemble de règles, d'usages voire de rites accumulés, il se tournera naturellement vers une décision collective et en référera au Bureau de l'assemblée lequel "a tous pouvoirs pour présider aux délibérations de l'Assemblée" (art. 13 du Règlement de l'Assemblée nationale).

Dans une assemblée délibérante en effet, les précédents constituent autant d'acquis pour une catégorie au moins de membres et la jurisprudence ne peut être renversée que par une nouvelle délibération de la règle initiale ou, si celle-ci n'existe pas, par l'élaboration d'une règle nouvelle, s'efforçant de tirer les leçons de la pratique tout en préservant le cadre du débat parlementaire.

La répétition du précédent crée ainsi une coutume par voie d'approbation tacite. Celle-ci est d'autant plus aisément consentie qu'il est rare que l'évolution aille dans le sens d'une restriction des droits des parlementaires (ainsi, la généralisation, au Sénat, de la pratique de la discussion commune qui permet aux différents auteurs d'amendements de les exposer avant le passage au vote (48)). La force juridique de la jurisprudence parlementaire se déduit a contrario de la nécessité, la plupart du temps, d'un acte formel et solennel pour la renverser. Ces exemples montrent s'il était besoin que la force juridique de la coutume se résume par la force du consentement. La spécificité de la coutume parlementaire réside en revanche dans le fait que ce consentement, dans un milieu voué par essence à la délibération, peut être retiré à tout moment. Si l'on craignait de forger un néologisme, on pourrait dire que toute coutume est, au Parlement, une coutume conventionnelle donc consciente. La vérification de l'accord des volontés y est en effet plus facile et plus immédiate qu'ailleurs. Une procédure spécifique est d'ailleurs prévue pour cela dans le règlement. Elle a d'ailleurs priorité sur toute autre : il s'agit du "rappel au (49) règlement", le règlement étant alors conçu de manière très extensive.

"L'auto-jurisprudence" peut exister "*secundum legem*" ou "*praeter legem*" dans la mesure où la constitution et les règlements ne peuvent prévoir toutes les situations et ne le souhaitent d'ailleurs pas toujours. C'est ainsi que l'on observe, quant au détail des dispositions écrites et donc de la place relative du droit parlementaire non écrit, des différences sensibles entre l'Assemblée nationale et le Sénat.

Le départ est alors parfois difficile à faire entre les créations *praeter legem* et *contra legem*, une cause croissante de l'extension du droit non écrit tenant,

(48) Il s'ensuit parfois une certaine confusion du fait du nombre d'amendements mis en discussion et les points de principe sont mêlés aux dispositions ponctuelles sans que l'assemblée puisse opérer une discrimination entre les deux, y compris lorsque la commission obtient, avec l'accord du Gouvernement, la discussion en priorité de ses propres amendements de principe ou de suppression pure et simple de la disposition concernée. La discussion commune est une des grandes causes d'allongement des débats.

(49) Art. 58 du Règlement de l'Assemblée nationale et 36 du Règlement du Sénat.

précisément, au souci d'échapper à la censure du juge constitutionnel; "ne pas écrire est le moyen le plus sûr d'esquiver la censure de la pratique parlementaire" (50).

"L'auto-jurisprudence" parlementaire non constatée par un juge mais soumise à l'accord des volontés tend d'abord à compléter la règle écrite, elle-même souvent complexe, dont elle permet généralement l'application. Elle peut donc être dite "*secundum legem*". Ce sont les cas les plus fréquents mais sans doute aussi les moins significatifs.

2 - L'auto-jurisprudence "*secundum legem*"

Le règlement organise la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles mais il ne peut tout prévoir. Tel est le cas des *irrecevabilités financières* posées par les articles 40 de la Constitution et 42 de la loi organique relative aux lois de finances.

Par leur brièveté même et leur vaste champ potentiel d'application, ces dispositions (51) appelaient des interprétations et étaient une véritable invitation à constituer une jurisprudence. Celle-ci était d'autant plus nécessaire que l'application de cet article implique des décisions extrêmement rapides en séance publique (l'irrecevabilité pouvant être soulevée à tout moment) et qu'il importe que celles-ci puissent être prises quelles que soient les parties en cause.

La pratique de l'Assemblée nationale a confié la responsabilité du contrôle de recevabilité au président de la commission des finances (alors même que le Règlement prévoyait sa répartition entre la présidence, le Bureau, la commission des finances et le rapporteur général). Le Sénat s'en est tenu, pour sa part, aux termes de son règlement qui confie cette tâche à la commission des finances (laquelle statue avant chaque séance publique au cours de laquelle l'article risque d'être "invoqué" puis délègue en permanence en séance l'un de ses membres habilité à statuer "sur le siège", à la demande du président de séance).

Les présidents successifs de la commission des finances de l'Assemblée nationale ont d'ailleurs tenu à codifier leurs pratiques en publiant des rapports destinés à l'information de leurs collègues (MM. Jean Charbonnel, Robert-André Vivien et Christian Goux) dans lesquels ils manifestent une continuité doctrinale certaine et dont certaines solutions ont inspiré la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Cette volonté de codifier l'usage et de créer une véritable jurisprudence apparaît également à propos de l'application d'autres articles de la constitution qui impliquent l'examen de situations personnelles. Le rapport de M. Marcel Rudloff, sénateur (et nommé depuis membre du Conseil constitutionnel) présenté le 20 juin 1990 sur la dernière proposition de résolution soumise au Sénat et tendant à obtenir la suspension des poursuites à l'encontre de ses membres, contient de véritables pages de doctrine qui précisent "la nature de l'intervention des assemblées parlementaires". Il résume aussi ce qu'il appelle "*la jurisprudence sénatoriale*" quant à la durée de la protection fournie par le principe de l'inviolabilité parlementaire: "le régime des immunités ne saurait donc s'inscrire dans le cadre étroit des sessions. Le Sénat l'a constamment rappelé depuis sa résolution du 29 juin 1977" (52).

(50) Jean Foyer, ancien président de la commission des lois de l'Assemblée nationale - Les sources spontanées du droit parlementaire - Article dact. non publié, p. 13.

(51) Art. 40 de la Constitution: "les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique."

(52) Rapport n° 408 (1989-1990).

Dans un esprit similaire, le rapport présenté par M. Charles Jolibois, présenté au nom de la commission spécialement élue pour examiner une proposition de résolution tendant à renvoyer plusieurs anciens ministres devant la Haute Cour de justice, contient une importante première partie destinée à faire le point sur une procédure, il est vrai assez mal connue et peu utilisée, et fondée sur des textes qui appellent des explications. Il n'y consacre pas moins de 20 pages tout en s'efforçant de ne s'écarter en rien des solutions procédurales retenues lors du seul précédent existant.

Ces exemples montrent que, dans un certain nombre de circonstances, le Parlement entend aller au-delà de la simple coutume. Ses commissions entendent tirer de sa pratique un véritable apport doctrinal qu'elles s'obligent ainsi elles-mêmes à respecter. Il y a donc une *volonté manifeste de créer une jurisprudence* (53).

Un deuxième aspect de l'intervention de l'auto-jurisprudence parlementaire est fourni par le *comblement des lacunes des textes*.

A cet égard, il convient de signaler une différence d'approche entre les deux assemblées qui se traduit par le fait que le Règlement du Sénat est beaucoup moins détaillé et précis que celui de l'Assemblée. Cette constatation ne date d'ailleurs pas de la Ve République et le Sénat ou même le Conseil de la République ont introduit certaines institutions ou dispositions avec un retard sensible par rapport à l'Assemblée nationale. La Conférence des présidents apparaît dans le Règlement de l'Assemblée nationale dès 1911. Il faudra attendre 1947 pour qu'il en soit de même au Sénat. Même chose en ce qui concerne la composition de cette conférence : le rapporteur général de la commission des finances ne siège pendant longtemps qu'à titre coutumier au Sénat, par analogie (54) avec ce qui se passe à l'Assemblée nationale où il siège de droit en vertu du Règlement. Sa présence ne sera officialisée qu'en mai 1986. C'est tout aussi de manière coutumière que sont invités à la Conférence des présidents, les présidents des différentes instances autres que les commissions permanentes (55).

La procédure applicable au sein des commissions permanentes, même si la part des dispositions non écrites est plus importante au sein de la seconde chambre, constitue un excellent exemple d'un comblement des lacunes des textes par la jurisprudence : "les commissions permanentes (ce qualificatif suggère la durée et l'attachement aux valeurs qu'elle consacre) constituent autant de structures de mise en place d'un droit non-écrit" (56).

Le rôle des présidents de commission est très différent de celui du président de séance. Ils peuvent participer aux débats et rien ne s'oppose à ce qu'ils participent également aux votes. Ils exercent en fait un véritable "leadership". Si les dispositions réglementaires applicables à la séance publique peuvent servir de référence, beaucoup ne sont pas transposables. Ainsi de la phase d'examen des

(53) Dans les deux derniers cas, cette attitude intellectuelle a sans doute été facilitée par l'origine professionnelle des rapporteurs (avocats) mais la matière même appelait cette technicité et elle est devenue, par leur truchement et celui de leurs collègues, celle du Parlement.

(54) René Chazelle en déduit, à notre avis un peu rapidement, que "la pratique non écrite du Sénat s'inscrit dans (une) relative dépendance (de l'Assemblée nationale) et demeure influencée par les dispositions soit écrites, soit d'usage, en vigueur au Palais Bourbon". *Continuité et tradition juridique au sein de la seconde chambre. Le Sénat et le droit parlementaire coutumier* - Revue du droit public et de la science politique 1987, p. 729. Nous préférons pour notre part dire, avec Michel Laflandre, que "les références analogiques entre les deux chambres" sont l'un des modes d'élaboration "des sources non-écrites du droit parlementaire". Les sources du droit parlementaire sous la Ve République (mémoire en voie de publication, p. 94).

(55) Commissions ad hoc ou, avant que sa présence ne soit officialisée en 1992, président de la délégation pour les Communautés européennes (dès lors qu'il était envisagé d'inscrire à l'ordre du jour "une question orale avec débat portant sur des sujets européens" - Chapitre XII-D du Règlement du Sénat introduit le 13 décembre 1990).

(56) René Chazelle, article précité, p. 726.

amendements. Celle-ci intervient toujours, au Sénat, après l'adoption du rapport (57), *phase qui privilégie l'élaboration collective dans le secret des débats*. Elle se différencie sensiblement de la discussion des amendements en séance publique :

• elle ne débouche que très rarement sur un nouveau débat, l'usage (et souvent l'urgence) voulant que la présidence se contente de constater la contrariété avec la position antérieure de la commission. En général, il n'est statué par un vote qu'à la demande expresse d'un membre. Il ne peut s'agir dans ce cas que de l'adoption d'une position contraire (ou différente) de la position initialement adoptée. En effet, à la différence de la situation en assemblée, il ne s'agit pas d'adopter ou de refuser des amendements, mais de donner un avis, lequel ne sera, avec par exemple celui du gouvernement, qu'un des éléments du débat en séance publique. Le travail en commission demeure, en effet, fondamentalement, un travail de préparation du débat public :

• *la phase d'adoption du rapport n'a pas son équivalent en séance publique. Elle obéit donc à des règles propres aux commissions qui ne reposent sur aucun texte*. Si la base de discussion est, conformément à la Constitution, le texte du gouvernement, celle-ci s'organise, une fois la discussion générale achevée, autour des propositions du rapporteur. En général, les membres procèdent par voie de sous-amendements ou de suggestions non formalisées. C'est au rapporteur qu'il revient d'en faire la synthèse. Ces sous-amendements ne sont que très rarement rédigés ou, s'ils le sont, c'est sur le siège. *Cette pratique sénatoriale s'inscrit dans la droite ligne de la tradition parlementaire* telle qu'elle est consignée dans le Traité de droit politique, électoral et parlementaire d'Eugène Pierre : "Dans les commissions, les articles peuvent être discutés et modifiés comme en séance, avec cette différence que les amendements peuvent se produire à tout moment et d'une façon verbale" (58). Elle correspond strictement à la manière dont est rédigé l'ordre du jour. Celui-ci prévoit non l'examen du texte mais celui du rapport. De même, la commission n'adopte-t-elle pas le texte - il arrive que l'expression soit utilisée, mais il s'agit d'une simple commodité -, mais *propose* son adoption au Sénat. Il n'est en particulier pas d'usage de distribuer un amendement d'un membre qui aurait été déjà déposé à la séance. La règle est d'abord que le membre participe au débat en commission, quitte à ce qu'il annonce, en cas de désaccord ou dans un souci d'améliorer la rédaction de la commission, le dépôt d'un amendement, lequel sera soumis ultérieurement à l'examen de la commission, lors de la séance spécialement prévue à cet effet.

3 - L'auto-jurisprudence "*praeter legem*"

La jurisprudence *praeter legem*, seule source véritablement autonome de création de droit non écrit puisqu'elle ne répond à aucune nécessité textuelle sauf celle de l'absence de texte, trouve ses principaux points d'application dans le *développement des procédures de contrôle*. Ce développement d'un droit autonome en matière de contrôle n'est pas, en soi, un objet de surprise. Le parlementarisme rationalisé a ensermé la procédure législative dans un corset, réduisant les capacités d'initiatives parlementaires sur ce terrain. Il était logique qu'elles cherchent à se manifester par d'autres voies et ce d'autant plus que le contrôle est traditionnellement l'une des vocations naturelles la première même des parlements nés de la nécessité du consentement du peuple à l'impôt. Un vaste champ inexploré s'ouvrait devant lui, non régi par le droit et dépourvu d'arbitre. C'est ainsi que dans l'exemple précité de

(57) Il en va différemment à l'Assemblée nationale où le Règlement prévoit explicitement la possibilité pour les députés de présenter des amendements avant l'adoption du rapport (mais la commission des finances n'examine que les amendements de ses membres).

(58) Ouvrage précité, p. 906.

création d'une commission d'enquête "sur la réglementation communautaire applicable à la filière laitière, notamment en matière de quotas laitiers", le garde des sceaux avait "précisé qu'il ne pouvait que laisser au Sénat le soin d'apprécier si cette enquête n'était pas de nature à faire obstacle à la discussion de la proposition de résolution" (59).

Si elle n'est pas contestée en principe, la fonction de contrôle du Parlement n'est pas formellement reconnue par la constitution de 1958 (60). Elle est simplement évoquée à la fin de l'article 47 à propos de "l'exécution des lois de finances" (61) et elle n'est organisée et encore faiblement qu'au niveau législatif (pouvoirs des rapporteurs spéciaux - ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1958 ; principe de commissions d'enquête et de contrôle mais sans réels pouvoirs d'investigation).

Le Parlement va donc entreprendre une longue marche pour améliorer ces instruments, s'efforçant de tirer les conséquences de sa pratique et tentant de lever par la loi les obstacles qui lui sont opposés. Le Sénat, à cet égard, sans doute en raison de sa moindre dépendance du système majoritaire et de sa position d'opposant pendant la majeure partie de la période, a joué, au moins au début (62), un rôle moteur. Ce n'est toutefois que le 14 décembre 1970 que la première commission d'enquête parlementaire proprement dite (63) adoptera un rapport (Abattoirs de La Villette). Entre-temps, une proposition de loi avait été votée par le Sénat le 11 juin 1970, définissant les principaux moyens désormais en vigueur (sanctions pénales, obligation de prêter serment, contrôle sur pièces et sur place par les rapporteurs (64), assistance de la cour des comptes). Elle ne devait aboutir qu'en 1977 (loi n° 77-807 du 19 juillet 1977).

Depuis, une jurisprudence s'est créée qui régit le fonctionnement de ces commissions (modalités pratiques destinées à assurer le secret des délibérations (65), déontologie des membres, etc.). L'Assemblée nationale a fait droit à la minorité en ouvrant à son profit la possibilité d'un "droit de tirage" sur l'ordre du jour complémentaire (possibilité d'obtenir l'inscription des propositions de résolutions présentées par des groupes de l'opposition).

Si une partie de ces règles régissant les commissions d'enquête ou de contrôle ont été codifiées dans la loi, d'autres institutions ont été mises en place par le Règlement (missions d'information) ou par la jurisprudence. C'est ainsi que le Sénat, depuis le début des années 80, crée des "missions d'information communes à plusieurs commissions" selon une procédure parallèle à celle des commissions d'enquête (mais néanmoins assez différente car, comme leur nom l'indique, ces missions sont le résultat d'initiatives conjointes prises par les présidents de commission) mais offrant beaucoup plus de souplesse (quant aux effectifs, à leur

(59) Avis n° 77 (1991-1992) précité, p. 4.

(60) C'est la raison pour laquelle le comité consultatif pour la révision de la constitution propose de le faire en insérant une disposition nouvelle à l'article 24 de la constitution - J.O. Lois et décrets du 16 février 1993, p. 2544.

(61) "La cour des comptes assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances".

(62) C'est une proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale en revanche qui sera à l'origine de la dernière modification (n° 1251, IX^e législature).

(63) Les trois rapports avaient été publiés auparavant, mais toujours au Sénat, par des commissions de contrôle.

(64) Cette proposition de loi tirait les conséquences des difficultés rencontrées par la troisième commission de contrôle créée par le Sénat et qui avait pour objet l'office de radiodiffusion télévision française (rapport n° 118 (1967-1968)).

(65) Les jurisprudences à l'Assemblée et au Sénat à cet égard, avant que la publicité ne devienne la règle, étaient sensiblement différentes (l'Assemblée publiant les procès-verbaux d'auditions et pas le Sénat).

durée (66) et à leurs conditions de création notamment). La procédure réglementaire n'étant prévue que pour les seules missions, des adaptations jurisprudentielles ont dû lui être apportées. En revanche, cette procédure n'a pas fait l'objet de codification, sans doute volontairement, pour lui conserver sa souplesse et peut-être la soustraire au contrôle du Conseil constitutionnel.

Les modalités concrètes du *contrôle de l'application des lois* sont également des créations coutumières. Celui-ci est assuré sans texte mais selon une jurisprudence constante depuis novembre 1972 par les commissions du Sénat. Il donne lieu à une communication deux fois par an à la Conférence des Présidents et porte sur l'ensemble des textes et des mesures d'application prévues par le législateur. L'Assemblée, pour sa part, a privilégié ces dernières années l'évaluation législative, dont le principe a été inséré dans son Règlement le 18 mai 1990 (article 145, alinéa 2, mission temporaire "portant, notamment, sur les conditions d'application d'une législation").

Relèvent également, selon le président Foyer, de la création "praeter legem", les conditions de discussion de la deuxième partie de la loi de finances (organisation de mini-débats par ministère). Il est vrai que ces règles sont suivies imperturbablement chaque année, en dépit des critiques des parlementaires eux-mêmes et constituent l'un des "rites" les mieux établis (67).

L'institution même des "questions au Gouvernement" (68), en dépit de son importance, n'est, elle non plus, régie par aucun texte. Elle est d'autre part d'autant plus intéressante qu'elle relève de ce nouveau mode de création du droit parlementaire qualifié désormais de "convention" par la doctrine. Il s'agit là d'une "convention créatrice" (69) qui a la particularité d'associer, au moins tacitement, le Gouvernement (70) (qui accepte en fait de renoncer à la priorité qu'il tient de la constitution en matière d'ordre du jour). Ces questions au gouvernement trouvent leur fondement juridique dans de simples décisions répétées chaque semaine par la Conférence des présidents de l'Assemblée (questions du mercredi).

La même pratique a été étendue au Sénat à partir de 1982 mais à raison seulement d'une fois par mois.

Ces conventions ont enfin la particularité de permettre la mise en place d'une procédure qui avait été sanctionnée sous un autre nom par le Conseil constitutionnel (n° 63-25 DC du 21 janvier 1964). Elles pourraient donc tout aussi être considérées comme un exemple de jurisprudence "contra legem" (71).

4 - L'auto-jurisprudence "contra legem"

L'exemple des questions au gouvernement suggère donc l'existence d'une véritable méthode de création de jurisprudences "contra legem", suscitées et c'est leur paradoxe par le développement d'une jurisprudence constitutionnelle à la fois élément constitutif du droit parlementaire et source de réduction de l'autonomie des

(66) C'est ainsi que certaines missions communes ont fonctionné pendant plus d'un an et l'une d'elle (contrôle de l'application de l'accord de Schengen sur la libre circulation des personnes en Europe) a été créée uniquement parce que le mandat de la commission de contrôle ayant le même objet était limité par la loi à six mois.

(67) On ne note qu'une véritable exception pour l'examen, au Sénat, de la loi de finances pour 1986 où l'examen des crédits (que le Sénat se proposait de repousser) avait été remplacé par des débats "thématiques".

(68) Anciennes questions d'actualité.

(69) P. Avril et J. Gicquel o.c.

(70) et même le Président de la République puisque cette convention est la conséquence d'une initiative prise par M. Giscard d'Estaing en juin 1974.

(71) Sur les formes successives prises par cette nouvelle procédure, on pourra se reporter à l'article précité de Michel Laflandre qui en fait une analyse très détaillée (pp. 100 à 102).

assemblées. Ce mode de création de droit est à rapprocher des "conventions d'abstention volontaire" que l'on retrouve parfois dans le processus de création du droit parlementaire non écrit. Il existe ainsi des accords tacites entre Gouvernement et assemblées pour soustraire certaines lois au Conseil constitutionnel en ne le saisissant pas, dès lors qu'il pourrait y avoir doute sur sa réaction. Ainsi, des lois du 6 juillet 1979 créant les délégations parlementaires pour les Communautés européennes ou n° 83-603 du 8 juillet 1983 créant un office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (72).

A cette attitude susceptible de déboucher sur une pratique *contra legem* génératrice de nouveaux droits pour le Parlement, doivent être rattachées aussi les modifications constitutionnelles par non exercice de certaines de ses prérogatives par le Gouvernement. Ainsi de la très rare utilisation des dispositions de l'article 41 de la Constitution (qui crée une exception d'irrecevabilité) pour faire respecter le partage des domaines de compétence entre la loi et le règlement défini par l'article 34. Le Gouvernement, il est vrai, est souvent le premier à y porter atteinte par le caractère trop détaillé des textes qu'il propose et le caractère trop souvent dépourvu de valeur normative de certaines dispositions ou de certains articles. Il ne recourt non plus qu'assez rarement à la procédure de "rattrapage" de l'article 37-2 (qui permet de demander au Conseil constitutionnel la délégalisation de certaines dispositions avant leur modification par la voie réglementaire (73)).

La conjonction de ces abstentions a eu pour effet un développement constant et heureux du domaine de la loi depuis 1958.

Les pratiques *contra legem* ont souvent aussi pour origine l'"insoumission" parlementaire, particulièrement nette au Sénat en matière d'ordre du jour. Le Gouvernement est plus souvent qu'on ne le croit contraint de céder en Conférence des Présidents ou, à tout le moins, d'accepter des accommodements à ses propositions. Les assemblées considèrent, et le Sénat en particulier, qu'elles ne sont pas tenues de siéger les lundi et samedi. Il arrive qu'elles le rappellent, de même que la règle non écrite selon laquelle "le Gouvernement est maître de l'ordre du jour mais le Sénat est maître de ses horaires". Ces interprétations peuvent s'avérer particulièrement utiles, notamment à l'approche des fins de session. Le Gouvernement insiste-t-il, il n'est pas toujours assuré, le contexte politique aidant, que l'examen d'un texte commencera exactement au jour et à l'heure dits (74).

Cet indiscipline n'est que la forme aiguë d'une résistance qui s'appuie sur l'interprétation sénatoriale de la tradition parlementaire. C'est ainsi que la Haute Assemblée refuse de déclarer a priori l'irrecevabilité financière d'un amendement ou d'une proposition de loi. La règle est que l'amendement doit pouvoir être examiné par la commission et distribué. Le président de séance laisse s'engager la discussion jusqu'à ce que l'irrecevabilité soit effectivement invoquée par le Gouvernement. De même, est considéré comme une agression le fait pour le Gouvernement d'amender les conclusions d'une commission mixte paritaire. Ce fait entraîne la plupart du

(72) Celle-ci prévoit que la délégation mixte qu'elle institue (8 députés et 8 sénateurs) peut demander à l'assemblée d'où émane la saisine de lui conférer les prérogatives d'une commission d'enquête pour une durée n'excédant pas six mois.

(73) On peut craindre toutefois que la nouvelle vigueur du processus de codification n'amène le Gouvernement à plus de vigilance.

(74) Pour un exemple de ce type, il est vrai assez exceptionnel, on pourra se reporter au compte rendu de la séance du 2 avril 1991 (pp. 233-235) au cours de laquelle, après avoir obtenu en Conférence des présidents le report de la discussion d'un projet de loi, inscrit à l'ordre du jour de la session extraordinaire, du 27 mars au 2 avril, le Sénat a décidé, par scrutin public, de ne pas aborder la discussion des articles (il s'agissait du projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, portant réforme de la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements, et instituant une solidarité financière entre les communes d'Ile-de-France et modifiant le code des communes).

temps, outre de vigoureuses protestations, le rejet souvent unanime du texte ainsi amendé (même lorsque la majorité sénatoriale se reconnaît dans le Gouvernement coupable de cette initiative malencontreuse mais parfaitement conforme à la lettre des institutions).

Le non-respect de la Constitution peut également trouver sa source dans de véritables "conventions *contra legem*", non sanctionnées par le Conseil constitutionnel comme on l'a vu à propos de l'article 27 qui institue le vote personnel.

Il arrive aussi que les dispositions réglementaires elles-mêmes ne soient pas respectées. On a vu que leur non respect pouvait permettre certaines évolutions acceptées par tous (cas des missions communes d'information, expérimentations en vue d'une évolution dans le cadre de la réforme des procédures voulue par le Bureau (75)). Dans d'autres cas, il s'agit de permettre le respect de l'esprit même d'une institution. Ainsi des modalités de désignation des membres des commissions mixtes paritaires. Pendant longtemps le Sénat les a seul désignés à la proportionnelle (appliquant ainsi une des principales conventions de la vie intérieure de l'Assemblée du Luxembourg) (76). Il s'ensuivait un déséquilibre nuisible au bon fonctionnement de cette pourtant heureuse innovation de la Ve République. Ce déséquilibre a été peu à peu corrigé jusqu'à ce qu'une véritable convention, passée en 1981, lie les deux assemblées, chacune s'engageant à répartir ses membres selon une clé fixe entre majorité et opposition (5-2). Il devenait alors impossible de respecter la disposition réglementaire qui veut que les suppléants sont appelés dans l'ordre dans lequel ils ont été proclamés (art. 12-5). Aucune réforme n'est toutefois venue mettre le droit en accord avec la jurisprudence (77).

CONCLUSION

En dépit ou à cause de sa spécificité même, le droit parlementaire apparaît comme un lieu d'observation privilégié de création de droit, aussi bien écrit que non-écrit, l'un comme l'autre exerçant des influences réciproques.

Si le champ de création du droit non écrit par le Parlement a eu tendance à se restreindre du fait du développement du constitutionnalisme et de la jurisprudence constitutionnelle (phénomène qui n'affecte pas que la France), cette restriction du champ n'a pu avoir pour effet de briser le dynamisme spontané de cette société particulière qui tend naturellement à n'admettre comme légitimes que les règles mêmes qu'elle entend se donner.

L'ordre des facteurs s'est semble-t-il, en cette fin du XXe siècle, tout au plus inversé. Si l'autonomie des assemblées n'est plus la source exclusive de leur "auto-jurisprudence", c'est à travers cette auto-jurisprudence qu'elle cherche et retrouve une part de l'autonomie qu'elles ont perdue.

On pourra discuter longtemps de la nature de ce que nous appelons "auto-jurisprudence". Ne serait-ce point tout simplement une coutume ? On a cru montrer qu'il s'agirait alors d'une coutume d'une nature particulière où l'acceptation du groupe était toujours présente même si elle adopte le plus souvent le mode de l'implicite. L'apparition d'une jurisprudence constitutionnelle a en tout cas eu pour effet

(75) Certaines commissions ont ainsi ouvert leurs débats à la presse ou au public avant même que le Règlement ne le permette.

(76) Cette règle fut également appliquée à la désignation des membres des commissions d'enquête et de contrôle alors même que l'article de l'ordonnance du 17 novembre 1958 prévoyait le recours au scrutin majoritaire.

(77) Comme il est impossible de prévoir quel suppléant sera appelé à voter pour assurer non seulement la parité entre assemblée mais la parité arrêtée entre majorité et opposition, l'habitude a été prise de nommer les suppléants dans l'ordre alphabétique, aucun n'étant "affecté" à un titulaire particulier.

d'accentuer son caractère conventionnel au point qu'il est possible de parler aujourd'hui non seulement de "conventions de la constitution" mais de "*conventions du Parlement*". Lieu de conflits donc de vie et de création par excellence, le Parlement contribue ainsi à rapprocher l'élaboration du droit "continental" de celle des pays de "common law", tandis que les pays du common law, y compris à travers leur Parlement, se tournent pour leur part davantage vers le droit écrit, participant ainsi à la convergence des systèmes.

Bien que n'étant pas sanctionnée par un juge, cette auto-jurisprudence a toutes les caractéristiques d'une jurisprudence classique et elle compense la sanction du juge par la *volonté d'assurer une certaine stabilité des solutions qu'elle retient*. Le précédent joue, en effet, comme le rappelle Jean-Louis Pezant (78), un rôle de régulateur qui (donne) à l'autorité qui prend la décision, "les repères nécessaires" et (réduit) "les risques d'arbitraire et de partialité", ce qui est indispensable à la vie d'une assemblée.

Plus que la quantité de droit jurisprudentiel, c'est la qualité de création de ce droit qui importe et surtout les possibilités d'observation qu'il permet sur le droit en train de se faire. A cet égard, le mode de création d'un droit non écrit du Parlement offre une grande partie des voies possibles : formation par analogie ou par référence, y compris à une "tradition" elle-même non écrite, formation par l'accumulation et la répétition des précédents, le tout laissant place à d'infimes et subtiles gradations. Les effets de cette auto-jurisprudence vis-à-vis de la règle ne sont pas non plus univoques. Ils peuvent aussi bien la compléter qu'y ajouter voire la priver de sens ou la modifier. La jurisprudence, en droit parlementaire comme en tout autre droit, joue ainsi un rôle irremplaçable de "respiration du droit" en permettant à la fois son adaptation permanente aux réalités d'une société complexe, tout en réservant la part d'imprévisibilité qui est la marque même d'une société vivante.

Le 7 avril 1993

(78) Article précité, p. 69.