

La jurisprudence hors des prétoires, forme institutionnelle de normativité

Julien Jeanneney

Professeur à l'université de Strasbourg

Le phénomène jurisprudentiel ne s'étendrait-il pas au-delà des juridictions, où notre culture juridique a pris l'habitude de le confiner ? Selon les représentations les plus courantes, la jurisprudence – par quoi on entend les actes de concrétisation de normes juridiques dont l'accumulation contribue progressivement à influencer l'interprétation collective des systèmes normatifs, au point de se voir prêter une fonction comparable à celle de normes générales et impersonnelles – serait la chose des juges.

Cette conception présente un inconvénient notable : elle conduit à laisser de côté des pratiques qui, avec la jurisprudence des tribunaux, partagent nombre de traits communs, quoiqu'elles soient le fait d'organes non juridictionnels. Ces phénomènes, au périmètre limité, émergent dans un double cadre. Du côté d'organes exécutifs, d'une part – à l'image du secrétariat général du gouvernement ou des sections non juridictionnelles du Conseil d'État. Au Parlement, d'autre part, où le droit applicable est en grande partie un droit des précédents – en particulier dans l'examen des demandes de levée d'immunité parlementaire ou lors du contrôle des initiatives parlementaires, au titre de l'article 40 de la Constitution. Dans ces différents cas, les titulaires de fonctions organiques non juridictionnelles sont amenés, à plusieurs égards, à pasticher les juges.

Le risque est alors de ramener ces phénomènes à des concepts qui ne sont pas taillés à leur mesure – à quoi pousse inévitablement le refus de considérer la possibilité que la jurisprudence se déploie à l'extérieur des prétoires. Le péril est double : les noyer dans un ensemble trop large, à l'instar des conventions constitutionnelles, au risque de perdre de vue ce qui les singularise, ou occulter, à l'inverse, certaines de leurs manifestations en les ramenant à des concepts trop précis, voués à n'en donner qu'une vision fragmentaire.

Dans l'espoir de jeter sur eux une lumière nouvelle, de faciliter leur appréhension et d'affiner la compréhension des sources du droit constitutionnel, le choix est ici fait de proposer un concept adapté à ces phénomènes : la « jurisprudence hors des prétoires ». Apparent oxymore, la formule renvoie à des types de raisonnements et de décisions qui, quoiqu'ils se déploient hors des juridictions, tendent à se rapprocher, par mimétisme plus ou moins conscient, des propriétés couramment reconnues à la « jurisprudence juridictionnelle ».

À cette fin, il convient d'affronter deux ensembles de difficultés. Le premier défi consiste à préciser les contours de ce concept et à établir sa pertinence. Il s'agit alors de partir des discours relatifs à la « jurisprudence » pour en identifier les principales caractéristiques et cerner la possibilité, les conditions et les avantages d'un tel déplacement conceptuel – en démontrant, en particulier, qu'il ne serait pas redondant avec d'autres concepts déjà présents dans la panoplie du constitutionnaliste. Le second défi revient à éprouver l'intérêt de ce concept en identifiant, dans le détail, une diversité de phénomènes pertinents à cet égard, au sein du pouvoir exécutif comme au Parlement. Ainsi s'agit-il de jeter de la lumière sur cette forme institutionnelle de normativité, source négligée du droit constitutionnel, en élaborant un concept de « jurisprudence hors des prétoires », avant de discerner les phénomènes qui méritent de lui être rattachés.

I. ÉLABORATION DU CONCEPT

L'élaboration du concept de « jurisprudence hors des prétoires » mérite d'être effectuée selon un double mouvement, en établissant sa possibilité, puis sa pertinence.

A. La possibilité du concept

Il convient avant tout d'établir la possibilité même d'élaborer un concept de « jurisprudence hors des prétoires ». La chose, de prime abord, ne paraît pas évidente : si le coût conceptuel de l'opération se révèle prohibitif, que le concept de jurisprudence, ainsi déplacé, perd toute forme de cohérence, l'entreprise est vouée à l'échec. Ainsi s'agit-il d'établir que les liens qui unissent jurisprudence et juridictions à l'époque contemporaine ne sont pas aussi clairs et inextricables qu'on le suppose communément. Ils ont connu différents glissements diachroniques – de sorte que le mouvement conceptuel ici proposé ne serait qu'une évolution, après d'autres, du concept de jurisprudence. Il importe, ensuite, d'identifier les propriétés du phénomène jurisprudentiel, telles qu'elles se manifestent dans le langage des juristes – au-delà de toute considération tenant à l'organe où il prend naissance et en adoptant une perspective synchronique.

1. Glissements diachroniques

Le principal obstacle apparent à cette entreprise tient au lien habituellement effectué entre la jurisprudence et les juridictions. On ne compte pas les auteurs qui l'ont affirmé, sur le ton de l'évidence, à l'instar de Marcel Waline en droit public – « nous entendons, naturellement, par jurisprudence, un ensemble de décisions de justice, telles qu'elles se présentent formellement¹ » – ou de Jean Carbonnier en droit privé – « la jurisprudence, c'est le contentieux² ». La jurisprudence entière, croit-on ainsi, en procède³. La conséquence de cette représentation coule apparemment de source : la jurisprudence disparaîtrait si l'on venait à supprimer les juges⁴. Si toute la jurisprudence provient bien des juges, une jurisprudence non juridictionnelle serait une contradiction dans les termes.

Un tel postulat, cependant, doit pouvoir être écarté pour deux raisons. D'une part, si le concept de jurisprudence a été réduit, dans la tradition juridique française, aux seules juridictions, un mouvement inverse pourrait être imaginé. D'autre part, après avoir été longtemps envisagée par des juristes français qui étaient marqués par les dogmes du légicentrisme, la jurisprudence « à la française » se rapproche aujourd'hui, en pratique, de celle qui se manifeste dans les cultures de *common law*. Ainsi désinhibée, la pratique jurisprudentielle se prête d'autant plus volontiers au déplacement conceptuel ici proposé.

a. Un rétrécissement contingent

Le lien conceptuel et sémantique aujourd'hui effectué entre la jurisprudence et les juridictions n'a rien de nécessaire : il est le fruit d'une évolution historique située et contingente. En effet, le concept de jurisprudence n'a pas toujours renvoyé aux seules juridictions. La chose mérite d'être brièvement rappelée.

Le terme « *iurisprudentia* » désigne, dans la Rome antique, les solutions établies par les jurisconsultes – les « prudents » (*prudentes*), ou la doctrine –, que l'on suppose fondées sur une réflexion relative au juste et à l'injuste. Elles sont

1 M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », dans *Mélanges G. Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, t. 2, p. 613-632, spéc. p. 615. V. également F. OST, « Quelle jurisprudence, pour quelle société ? », *APD*, vol. 30, 1985, p. 9-34 ; P. RAYNAUD, « La loi et la jurisprudence, des Lumières à la Révolution française », *APD*, vol. 30, 1985, p. 61-72 ; M. TROPER, « Hans Kelsen et la jurisprudence », *APD*, vol. 30, 1985, p. 83-94 ; V. PETEV, « Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence », *APD*, vol. 30, 1985, p. 181-189.

2 J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 23. V. également D. DELON, *La Jurisprudence, source de droit*, thèse soutenue à l'université Paris II, 1980, p. 9.

3 V., J. CARBONNIER, *Sociologie juridique. Le procès et le jugement*, Paris, Association corporative des étudiants en droit, 1961-1962, p. 92.

4 M. SALUDEN, *Le Phénomène de la jurisprudence. Étude sociologique*, thèse soutenue à l'université Paris II, 1983, 738.

avant tout le fruit de la pratique, de consultations juridiques adressées aux magistrats. Dès lors, si le phénomène n'est pas étranger à l'activité juridictionnelle, il n'est pas pour autant le fruit de décisions prises par les juges. Il faut une longue évolution⁵ pour que le terme ne désigne plus, dans le langage juridique français, que la « jurisprudence des arrêts » – les règles de droit régulièrement énoncées par les parlements d'Ancien Régime, sous une forme souvent solennelle, puis par les juridictions qui en prennent la suite après la Révolution française, en particulier celles qui statuent en dernier ressort⁶.

Conséquence de ce glissement, la réduction de la jurisprudence à sa dimension juridictionnelle repose sur un présupposé simple : la qualité de « prudent » – le savoir-faire juridique, l'aptitude à prendre la décision juste – est postulée chez le juge, de sorte que la jurisprudence est assimilée à l'expression de la prudence du juge. Ainsi s'explique que les révolutionnaires de 1789, méfiants à l'encontre des juges, tiennent la jurisprudence pour bien peu de choses : Robespierre invite à « [effacer] de notre langue » le terme de « jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime », puisqu'il « ne signifie plus rien dans le nouveau⁷ ». Le légicentrisme français, triomphant au XIX^e siècle, a pour double effet d'alourdir le joug mis sur la jurisprudence juridictionnelle et de réduire l'influence d'autres formes possibles de jurisprudence – en particulier doctrinale⁸. Ainsi, le mot en vient-il à désigner une part infime de ce que recouvrait la *iurisprudentia* romaine : le droit produit par les juges, au terme d'actes répétés, supposés cohérents, d'interprétation d'énoncés normatifs, tournés avant tout vers la résolution de litiges, de même que l'autorité collectivement reconnue à ces actes pour l'avenir⁹.

Cette réduction française du concept de jurisprudence à sa dimension juridictionnelle est récente : jusqu'au début du XX^e siècle, le terme, équivoque, est encore utilisé pour désigner soit la science du droit, soit les opinions prétoires, soit l'état du droit à un moment précis¹⁰. En outre, elle s'est effectuée en miroir d'autres traditions juridiques, où des conséquences fort différentes ont été tirées d'une même origine intellectuelle. En porte témoignage la diversité des concepts désignés par un terme équivalent dans d'autres traditions juridiques, en particulier en Allemagne où la *jurisprudenz* renvoie davantage à un corps de doctrine ou à une méthode – comme dans les expressions « jurisprudence des concepts » (*Begriffsjurisprudenz*) ou « jurisprudence des intérêts »

5 V., F. ZENATI, *La Jurisprudence*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, p. 10-80.

6 V., J. KRYNEN, *Le Théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 2018, p. 273-306.

7 *Archives parlementaires*, vol. XX, p. 516 (18 novembre 1790).

8 F. ZENATI, *op. cit.*, p. 109.

9 V. par ex. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique. Le procès et le jugement*, *op. cit.*, p. 262.

10 V., N. WAREMBOURG, « Le fond, le fait, le droit. Propos inactuels sur la cassation civile et son juge », dans *Tribonien*, vol. 3, 2019, p. 46-77, spéc. p. 66.

(*Interessenjurisprudenz*) –, ainsi que dans la culture juridique anglo-saxonne, où la *jurisprudence* se réfère à la science du droit en général, en particulier à la théorie du droit¹¹.

En somme, étendre la jurisprudence au-delà des prétoires ne marquerait qu'une évolution supplémentaire dans cette longue trajectoire. En outre, ce mouvement constituerait, sous ce rapport, une forme de retour aux sources – à un temps où la « prudence » juridique pouvait être supposée au-delà du cercle des juges.

b. Une pratique désinhibée

En outre, par contraste avec les habitudes forgées en France pendant tout le XIX^e siècle, la pratique jurisprudentielle, aujourd'hui décomplexée – si bien que s'amenuisent, en pratique, les différences traditionnellement faites entre les cultures de *common law* et la culture juridique française –, rend plus aisé un tel remaniement conceptuel.

Une ambivalence du phénomène jurisprudentiel tient aux deux manières dont il est généralement appréhendé.

La première – théorique – se concentre sur le fondement normatif de la jurisprudence, sur l'étendue et les limites de l'habilitation au titre de laquelle elle est produite. Sous cette lumière, dans la tradition française, la jurisprudence est traditionnellement perçue comme une anomalie, scrutée avec méfiance. On y promet volontiers une interprétation large de l'article 5 du Code civil qui, depuis 1804, prohibe les « arrêts de règlement » : le juge qui « prononcerait par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui [lui] sont soumises » se comporterait en tout point comme un législateur – conduite jugée indigne. On concède cependant que l'article 4 du même code, qui prohibe également le déni de justice « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi », peut garantir aux juges, dans l'interprétation de cette dernière, une mince marge de manœuvre. Il leur faudrait naviguer, en somme, entre ces deux écueils, éviter de trop en faire ou point assez.

On en infère habituellement une différence majeure entre les juges français et leurs homologues dans les États de tradition de *common law*¹² où la règle du précédent – *stare decisis*, s'en tenir à ce qui a été décidé – est vouée à placer les juges au cœur des représentations juridiques et à offrir à leurs décisions une portée qui serait, en principe, prohibée en France.

11 Sur la distinction avec les « faux amis » en anglais et en allemand, v. C. GRZEGORCZYK, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », *APD*, vol. 30, 1985, p. 35-52.

12 V. notamment F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, t. 2, p. 53 ; J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », *APD*, vol. 30, 1985, p. 105-116.

À la croisée de la prohibition explicite des arrêts de règlement et de l'absence d'une habilitation à produire *proprio motu* des normes générales et impersonnelles, cette représentation abstraite de la jurisprudence favorise la mauvaise conscience de ceux qui la promeuvent et conduit à faire peser sur les décisions conçues comme telles la méfiance et le soupçon.

À l'inverse, la seconde manière dont est appréhendée la jurisprudence – empirique –, plus en phase avec les représentations communes contemporaines, revient à reconnaître que des règles et principes d'origine strictement prétorienne ont été assimilés à des équivalents de normes générales et impersonnelles produites dans un cadre plus traditionnel. Dès lors qu'ils sont régulièrement compris, utilisés et appliqués comme tels, le juriste qui refuserait de les considérer serait aveugle. Bien souvent, une répétition de solutions – bien qu'on n'y perçoive, en théorie, que des phénomènes factuels, « l'ombre portée du contentieux¹³ », selon l'expression de Philippe Jestaz – a fini, sur le long terme, par donner l'impression que des règles avaient été produites par les juges – en particulier dans les branches du droit où les dispositions normatives écrites sont rares, à l'instar du droit administratif, ou moins détaillées qu'ailleurs, à l'image du droit de la responsabilité civile extracontractuelle ou du droit constitutionnel et conventionnel des libertés.

L'histoire de l'appréhension doctrinale de la jurisprudence, en France¹⁴, est marquée par un lent basculement de la première représentation vers la seconde.

Pendant le XIX^e siècle, on la relègue, pour l'essentiel, à une position secondaire. Ainsi, Charles Aubry et Charles Rau peuvent-ils écrire que

quelle que soit l'autorité qui s'y attache, et alors même qu'elle serait constante sur tel ou tel point de droit, elle ne forme jamais une règle juridiquement obligatoire pour les citoyens ou pour les tribunaux¹⁵.

Sans doute la jurisprudence suscite-t-elle une attention renouvelée au tournant du siècle, sous les plumes, en particulier, d'Adhémar Esmein et de François GénY. On ne lui reconnaît cependant toujours pas, en termes clairs et explicites, le statut de source formelle du droit, préférant la présenter comme un phénomène « sociologique », de pur fait¹⁶, qui mériterait d'autant plus

13 P. JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.*, 1989, p. 149.

14 V., O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence, source de droit », dans *Mélanges G. Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463-475.

15 C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1897, t. I, p. 192.

16 F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* [1899], 2^e éd., Paris, LGDJ, 1919, t. I, p. 237 ; *ID.*, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1914, t. I, p. 25-41 ; A. ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *op. cit.*, p. 5-19.

d'être pris au sérieux que, le temps passant, s'éloigne le souvenir des normes écrites¹⁷. Après la Première Guerre mondiale, Raymond Carré de Malberg estime encore que le « pouvoir de statuer *generaliter* est [...] dénié au juge, qui ne peut, en fait de droit, créer que du droit d'espèce » – par quoi il refuse d'y voir « une source générale de droit positif, ainsi que c'est le cas en Angleterre¹⁸ ».

Une rupture commence à s'opérer après la Seconde Guerre mondiale : des auteurs dénoncent les insuffisances de cette représentation et le hiatus qui la sépare de la réalité du droit¹⁹. Depuis lors, on tolère volontiers le statut ambivalent de la jurisprudence à cet égard – aux fondements branlants et aux manifestations florissantes. Comme le résume Michel Villey pour le regretter, puisqu'on « ne peut plus se boucher les yeux devant le “fait jurisprudentiel” », nombre d'ouvrages « se résignent à lui accorder un droit d'entrée dans le club des créateurs du droit, mais seulement modeste, ancillaire, à l'ombre, sous le couvert de la loi²⁰ ». De l'article 5 du Code civil, les juges conservent une forme de mauvaise conscience. Ils savent qu'ils ne se contentent pas toujours d'appliquer un droit qui leur préexiste – « noble rêve » identifié par le théoricien du droit britannique Herbert Hart²¹ –, que leur référence est souvent moins la loi que les précédentes décisions rendues sur son fondement. Prompts à s'en libérer ponctuellement – à supposer qu'il interdise les décisions de principe, ce qui peut être discuté –, ils n'en favorisent pas moins la prudence d'une « politique des “petits pas”²² », dans l'espoir que se trouvera partiellement masquée par elle leur créativité normative.

Au terme de cette évolution, les différences entre la jurisprudence française et les phénomènes comparables dans la tradition anglo-saxonne méritent d'être atténuées. Même en l'absence d'une « règle du précédent » – partant, même si le système juridique français organise une moindre « décentralisation » de la fonction législative que ne le font les systèmes de *common law*, selon la

17 V., par ex., R. SALEILLES, « Préface » [1899], dans F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, p. XIII-XXV, spéc. p. XIV ; M. HAURIOU, « Préface. Méthode classique et positivisme juridique », dans *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1929, p. V-XII, spéc. p. V.

18 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Sirey, 1920, t. I, p. 745.

19 V. notamment J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », dans *Mélanges. G. Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, t. I, p. 28-50 ; M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *op. cit.*

20 M. VILLEY, « Préface », dans S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1974, p. I-V, spéc. p. I.

21 H. L. A. HART, « American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream », *Georgia Law Review*, vol. 11, n° 5, 1977, p. 968-983, réimpr. dans *ID.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 123-144.

22 M. SALUDEN, *Le Phénomène de la jurisprudence*, *op. cit.*, p. 671 ; *ID.*, « La jurisprudence, phénomène sociologique », *op. cit.*, p. 197.

présentation qu'en a proposée Hans Kelsen²³ – certaines décisions, en France, jouissent d'une autorité destinée à marquer pour l'avenir. En dépit de la prohibition des arrêts de règlement, dans des champs entiers du droit français, à l'instar du droit administratif, la jurisprudence remplit un rôle au moins aussi important que celui des lois – à telle enseigne qu'on a pu y voir, source hybride, une « jurisprudence mâtinée de législation » ou une « jurisprudence législative²⁴ ». La chose s'explique aisément : si, comme le résumait Paul Hébraud, « [chaque] décision n'est qu'un fait », ce dernier contient néanmoins « une virtualité de généralisation dont la vertu est d'autant plus grande qu'il émane d'une autorité investie d'un pouvoir juridique et qu'il en est l'expression²⁵ ».

Une fois relativisée la conception française classique de la jurisprudence – à l'aune de son inscription dans la longue durée et de l'étude de ses mutations –, il devient possible d'envisager le glissement conceptuel ici proposé. Il reste alors à en préciser les modalités.

2. Délimitation synchronique

Avant de sortir le concept de « jurisprudence » du cadre juridictionnel où il est traditionnellement pensé par les juristes français, il convient d'en établir les principales caractéristiques. À cette fin, il s'agit de partir non pas de ce que les normes juridiques nous disent des fondements de la jurisprudence, mais de ce que les usages langagiers habituels des juristes, inscrits dans une culture, structurés par des représentations, révèlent de leur perception de ce phénomène. Il s'agit alors d'appréhender la jurisprudence, dans sa structure, comme un phénomène qui prend la forme d'un type singulier de raisonnement, avant de donner lieu à la production d'une norme.

a. Un périmètre imprécis

Une difficulté surgit alors : en matière jurisprudentielle, les juristes tolèrent – chose inhabituelle – une profusion de métonymies propres à favoriser un grand désordre conceptuel. Sous leur plume, le terme « jurisprudence » désignera, pêle-mêle, la fonction de juger, les organes juridictionnels, ceux qui y officient, les décisions qu'ils prennent ou les textes par lesquels ils les expliquent et les justifient. À quoi s'ajoutent des distinctions propres à compliquer encore les choses : on réservera parfois le mot à certains organes seuls, pour mieux en

23 V., H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. fr. par C. EISENMANN, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant ; LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, p. 249-254.

24 F. ZENATI, *op. cit.*, p. 176.

25 P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », dans *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329-373.

exclure d'autres, à certaines formations de jugement, à certaines décisions ou à certains passages des textes qui les cristallisent.

On s'accorde généralement pour estimer que toute l'activité des juges ne mérite pas de lui être rattachée. La dignité jurisprudentielle est souvent réservée aux décisions les plus nouvelles et originales de juridictions statuant en dernier ressort, en leurs formations les plus solennelles. La chose s'explique aisément : que ce soit dans le silence du droit écrit (*praeter legem*) – dont le juge, dans plusieurs traditions de droit civil, ne saurait se prévaloir pour refuser de statuer –, ou en contradiction avec lui (*contra legem*) – volontiers présentée sous les atours de son application (*secundum legem*) –, la jurisprudence est d'autant plus visible que les juges disposent, par leur volonté ou celle d'un autre organe, d'une grande marge de manœuvre. Quoiqu'ils s'en défendent, les juges ont alors d'autant plus conscience de remplir, dans les interstices ou sur le fondement de leurs productions normatives, une fonction proche de celle du constituant, du législateur ou du pouvoir réglementaire.

Pour être plus précis encore, cette qualité est généralement réservée aux seuls fragments de ces décisions où se niche la nouveauté ou l'originalité. On en exclut le plus souvent le « dispositif » qui clôt la décision : quoiqu'il cristallise le cœur de la mission juridictionnelle – trancher un litige entre des parties –, si bien qu'on a pu y voir le seul passage de la décision doué de normativité²⁶, il n'a, en principe, pas vocation à « faire jurisprudence », en l'absence de règle générale imposant aux juges de maintenir ce qui a été précédemment jugé. Assez paradoxalement, dès lors que le cœur de la fonction juridictionnelle ne s'y exprime pas en principe, le fondement de la jurisprudence est couramment trouvé dans les « motifs » des décisions : ils en forment souvent la partie la plus détaillée, les juges y sont volontiers plus explicites – ils y justifient leurs choix, mettent en avant certaines des raisons ayant présidé à ces derniers, répondent aux moyens soulevés par les parties ou à ceux qu'ils ont relevés d'office. Si l'activité des juges ne relève pas tout entière de la jurisprudence, il importe d'identifier ses principales caractéristiques.

b. Des indices multiples

Au-delà de toute considération organique – le cadre juridictionnel dans lequel elle se déploie habituellement –, différents indices permettent d'identifier la jurisprudence.

Dans l'ordre de la *formation* (I.) de cette dernière, deux indices méritent d'être singularisés. D'une part, on ne saurait réduire la jurisprudence aux normes juridiques sur le fondement desquelles elle est produite – par quoi on estime

²⁶ V., O. PFERSMANN, « Contre la confusion logonomique », dans *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Paris, Dalloz, 2014, p. 33-43.

volontiers qu'elle procède d'un *processus spontané* (I.a). Comme le résume Michel Virally, sa création ne correspond pas à « l'exercice d'un droit conféré aux tribunaux » : elle se présente comme « une conséquence inhérente au fonctionnement » de l'institution qui lui donne naissance²⁷. Ainsi s'exprimerait la créativité de son auteur – l'expression d'une liberté prise à l'égard des normes juridiques au nom desquelles il agit²⁸. L'image frappe d'autant plus dans les branches du droit qui sont jurisprudentielles avant d'être – marginalement – encadrées par la loi, de sorte que l'auteur de la norme jurisprudentielle y déploie d'autant plus volontiers, sans mauvaise conscience, sa créativité²⁹. D'autre part, elle est le fruit d'une *stratification progressive* (I.b) d'interprétations « authentiques » d'énoncés normatifs – d'interprétations produisant des effets de droit –, dont chacune se présente comme une couche nouvelle contribuant à consolider l'ensemble. Au caractère statique de la norme écrite – adoptée une fois pour toutes, quoiqu'elle puisse être abrogée ou modifiée – on oppose la structure dynamique de la jurisprudence, dont l'inscription dans la durée est nourrie par sa répétition régulière. Ainsi, la jurisprudence se présente-t-elle comme une œuvre « collective et progressive », fruit d'un « apport continu de décisions fragmentaires³⁰ », selon la formule d'Adhémar Esmein. D'où il résulte, selon certains, que la jurisprudence – proche de la coutume à cet égard – serait plus solide que le droit écrit, puisqu'il est plus difficile de la modifier : sa supériorité procéderait, selon la formule de Georges Ripert, « de la lenteur de sa formation et de la durée de son maintien³¹ ». Elle serait, en somme, l'équivalent normatif d'un paquebot, au démarrage lent et à la propulsion puissante.

Dans l'ordre des *mutations* (II.) de la jurisprudence, deux indices méritent également d'être mis en valeur. Vouée à s'adapter, sur le temps long, à des évolutions profondes, la jurisprudence mettrait en valeur, par contraste, le caractère figé de la règle écrite. Toute jurisprudence serait susceptible d'être amendée. Les *modifications marginales* (II.a) lui confèreraient une dimension expérimentale : un attendu, un considérant ou un paragraphe « de principe » pourraient ainsi connaître des formulations évolutives, sans que ne soit affecté leur noyau. Plus frappants, les *revirements de jurisprudence* (II.b), volontiers

27 V., M. VIRALLY, *La Pensée juridique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1998 [1960], p. 166.

28 V., P. JESTAZ, « Sources délicieuses (Remarques en cascade sur les sources du droit) », *RTD civ.*, vol. 92, n° 1, 1993, p. 73-85 ; *Id.*, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.*, vol. 95, n° 2, 1996, p. 299-312.

29 V., G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, vol. 31, 1979-1980, p. 31-44, spéc. p. 35 ; F. MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA*, 2005, n° 12, p. 637-643.

30 A. ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.*, vol. 1, 1902, p. 13.

31 G. RIPERT, *Les Forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 14.

assimilés à une révolution – à l’abandon d’une norme jurisprudentielle et à son remplacement par une autre règle ou principe –, pourraient également intervenir, sans que s’impose, le plus souvent, un formalisme particulier : certes rare, le phénomène suffit à provoquer un risque permanent, de quoi on infère l’impossibilité de se prévaloir d’un droit acquis à une jurisprudence figée.

Dans l’ordre des *fonctions* (III.) attachées à la jurisprudence, trois indices peuvent être distingués. Une première fonction est *pédagogique* (III.a). Ses manifestations successives enrichissent la compréhension collective du droit, la nourrissent de précisions sur ce dernier, font apparaître des dimensions de la norme auxquelles on n’avait parfois pas songé. Elle remplit, ensuite, une *fonction légitimatrice* (III.b). L’imaginaire jurisprudentiel renvoie à la tendance à appréhender avec constance certains problèmes – partant, à susciter une impression de régularité, de prévisibilité et de sécurité dans leur encadrement, d’une manière presque équivalente à celle que l’on attache traditionnellement au droit écrit. Il en procède, on le suppose, une forme d’adhésion à son égard : parce qu’elle tend vers l’équilibre entre la stabilité que confère le précédent et le mouvement que laisse ouvert la possibilité d’un revirement, la jurisprudence est de nature à produire un consensus temporaire – au moins relatif – autour des normes juridiques. Elle remplit, enfin, une *fonction pratique* (III.c). Par une économie de raisonnement, elle permet aux organes d’application du droit de ne pas repartir à chaque fois de zéro, de capitaliser sur une expérience institutionnelle antérieure.

Quant à la *portée* (IV.) de la jurisprudence, elle tient, d’abord, aux *directions dans lesquelles s’exprime son autorité* (IV.a). Verticale, la norme jurisprudentielle lie les organes soumis à l’autorité de l’organe qui l’a produite. De sorte qu’apparaît la dimension hiérarchique de la jurisprudence – où l’on a pu voir, du côté de la sociologie juridique³², l’une des incarnations du « fait social » théorisé par Émile Durkheim comme étant « susceptible d’exercer sur l’individu une contrainte extérieure³³ ». Horizontale, elle s’impose à l’organe même qui l’a produite, aussi longtemps qu’il ne décide pas de l’abandonner. Cette portée prend également une dimension *temporelle* (IV.b) propre à soulever des difficultés théoriques et techniques : on reconnaît habituellement à la jurisprudence nouvelle une portée rétroactive à propos, d’une part, des faits litigieux auxquels elle est appliquée par la décision qui lui donne naissance et, d’autre part, des faits qui, antérieurs à cette dernière, seront ultérieurement examinés à l’aune de ce droit nouveau³⁴.

32 V., M. SALUDEN, *Le Phénomène de la jurisprudence, op. cit.*, p. 8 ; *id.*, « La jurisprudence, phénomène sociologique », *APD*, vol. 30, 1985, p. 191-205, spéc. p. 192.

33 É. DURKHEIM, *Les Règles de la méthode sociologique*, 7^e éd., Paris, Alcan, 1919, p. 19.

34 V., N. MOLFESSIS (dir.), *Les Revirements de jurisprudence. Rapport remis à monsieur le Premier président Guy Canivet*, Paris, Litec, 2005 ; B. SEILLER (dir.), *La Rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2007.

Jean Rivero y voyait le « grincement » propre à une machine – le jugement – utilisée à une fin différente de celle pour laquelle elle a été conçue – la production d’une règle générale³⁵. La portée de la jurisprudence tient, enfin, aux *mutations* qu’elle peut produire *dans les représentations de l’ordre juridique* dans lequel elle s’insère (*IV.c*). *Secundum legem*, la jurisprudence précise le droit écrit. *Praeter legem*, elle le complète, en s’insérant dans ses interstices. *Contra legem*, elle peut prétendre se substituer à lui. Enfin, des difficultés anciennes sont reconnues au dogme de la portée rétroactive de la jurisprudence.

Ainsi délimités les principaux indices permettant d’identifier la jurisprudence dans les prétoires, il convient – par un mimétisme conceptuel assumé – de les appliquer à des organes non juridictionnels. Cela suffit sans doute à établir la possibilité du concept de « jurisprudence hors des prétoires ». Il reste alors à en établir la pertinence – à démontrer l’utilité de se donner un tel concept, en regard de ceux qui sont déjà disponibles dans son environnement proche.

B. La pertinence du concept

Le concept de « jurisprudence hors des prétoires » est-il pertinent ? À l’évidence, cela n’est pas le cas s’il existe déjà un concept, couramment utilisé par les juristes, susceptible de remplir une fonction équivalente à ce dernier. Sous ce rapport, un concept concurrent mérite d’être pris au sérieux : la convention constitutionnelle³⁶. Ce dernier est volontiers présenté comme une manière de répondre à un défi ancien et épineux : appréhender en juriste des modèles de comportements qui, pour n’être pas directement rattachables, de prime abord, à un énoncé précis de la Constitution, n’en présentent pas moins trois caractéristiques qui invitent le constitutionnaliste à les examiner. Tout d’abord, ils relèvent du champ potentiel de la Constitution – au sens où, d’un point de vue matériel, ils pourraient, selon la formule de Rémy Libchaber, « s’insérer dans le tissu juridique sans le déchirer³⁷ ». Ensuite, ils sont explicitement assimilés à des règles par les titulaires de fonctions organiques – pour le percevoir, il faut s’en remettre aux usages langagiers de ces derniers. Enfin, ils s’imposent globalement à eux – quoique leur méconnaissance ne soit pas susceptible de recours devant des juridictions.

35 J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle » [1968], dans A. DE LAUBADÈRE, A. MATHIOT, J. RIVERO *et al.*, *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, t. I, p. 165-172.

36 V., D. BARANGER, *La Constitution. Sources, interprétations, raisonnements*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2022, p. 286-313.

37 R. LIBCHABER, *L’Ordre juridique et le Discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2013, p. 20-21. Pour des développements plus précis, v. J. JEANNENEY, *Les Lacunes constitutionnelles*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelles bibliothèques de thèses », 2016, p. 120-129.

La réduction des formes non juridictionnelles de jurisprudence à des conventions constitutionnelles est défendue par Pierre Avril. Il propose d'appréhender certains phénomènes constitutionnels extérieurs aux prétoires sous la lumière de la jurisprudence. Sur ce point, il convient de noter une évolution apparente de sa réflexion, d'une analogie féconde à une assimilation discutable.

a. Une analogie féconde

Dans un premier temps, du milieu des années 1980 à la fin des années 1990, il présente la jurisprudence – juridictionnelle – comme le point de référence d'une analogie. Pour appréhender le « développement de pratiques régulières et respectées » qu'il est impossible de ramener à des normes écrites, « en dépit de leur absence de fondement juridique³⁸ », il emprunte un concept issu de la tradition constitutionnelle britannique, diffusé en particulier au Canada : les conventions constitutionnelles, ou « conventions de la Constitution ». Il les définit comme « des règles non écrites portant sur la manière dont les pouvoirs juridiques attribués par la Constitution doivent être exercés, conformément aux principes et convictions politiques actuellement reconnus³⁹ », ou comme « des accords sur l'exercice des prérogatives dont disposent les acteurs⁴⁰ ». À ses yeux, elles ne prétendent pas au statut de norme juridique, puisque leur méconnaissance est insusceptible de recours juridictionnels. Une fois identifiées ces conventions, il propose la comparaison suivante : « La pratique fournit en matière constitutionnelle l'équivalent ordinaire de la jurisprudence » – terme qu'il entend dans son contexte français, en l'absence de règle du précédent. Dans les deux cas, la portée de ces règles n'est que relative : « [comme] la juridiction qui statue sur une affaire particulière, les acteurs qui exercent ces compétences et ces prérogatives ne sont pas liés pour l'avenir par leurs décisions. » Dans les deux cas, l'absence de fondement normatif de ces règles ne les rend pas pour autant insignifiantes : « Comme la juridiction, [ces acteurs] ne sont pas enclins à modifier leur application, pour d'évidents motifs de sécurité juridique et de crédibilité de leur interprétation⁴¹. » D'autres points communs sont identifiés entre la convention et la jurisprudence. L'une comme l'autre méritent moins d'être appréhendées comme des sources formelles du droit que comme des phénomènes d'ordre pratique. Ainsi note-t-il, à propos des

38 P. AVRIL, « Droit parlementaire et droit constitutionnel sous la V^e République » [1984], dans *id.*, *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2010, p. 43-54, spéc. p. 54.

39 P. AVRIL, « Les conventions de la Constitution », *RFDC*, vol. 14, 1993, p. 327-340, spéc. p. 333.

40 P. AVRIL, « Le cadre et le tableau » [2000], *RFDC*, vol. 14, p. 135-138, spéc. p. 137.

41 P. AVRIL, *Les Conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1997, p. 124-125.

conventions, « l'autorité qui s'attache aux décisions passées et qui influence les décisions à venir sans jamais s'imposer en droit » – où il voit la manifestation d'un « paradigme jurisprudentiel⁴² ».

Dans un second temps de sa réflexion, au cours des années 2000, il cherche à étayer l'analogie entre les conventions constitutionnelles et la jurisprudence juridictionnelle. Il distingue deux formes de jurisprudence pertinentes pour le constitutionnaliste. La première – qu'il nomme « jurisprudence institutionnelle » – renvoie, de façon classique, aux décisions rendues par des juridictions, en tant qu'elles sont « relatives aux pouvoirs publics⁴³ ». La seconde – qu'il nomme « jurisprudence organique⁴⁴ » ou « politique⁴⁵ » – désigne, avec plus d'originalité, les solutions retenues par des organes constitutionnels non juridictionnels, en tant qu'elles « forment précédent et dessinent quelque chose d'analogue à une "jurisprudence" avec la force pratiquement normative qui s'y attache⁴⁶ ». Il insiste alors sur l'analogie entre la jurisprudence dans son sens traditionnel, juridictionnel, et cette « jurisprudence organique » : les règles qu'il subsume sous cette dernière « ne modifient pas plus la Constitution que la jurisprudence judiciaire ne modifie la loi : elles la concrétisent en précisant dans quelles conditions celle-ci s'applique dans la fabrication du droit⁴⁷ ». Dès lors, à ses yeux,

la position intermédiaire qu'elles occupent est celle-là même de la jurisprudence, dont la normativité ne résulte pas de la validité juridique mais de la probabilité forte de son effectivité, jetant comme un pont entre le devoir-être de la norme et l'être de son application contextuelle⁴⁸.

b. Une assimilation discutable

Plus discutable est l'évolution de sa réflexion, dans un troisième temps, à partir de la fin des années 2000 : il effectue un saut supplémentaire en assimilant progressivement toutes les conventions à une forme de jurisprudence. Il ne s'agit plus seulement de comparer la « quasi-normativité » des conventions à

42 P. AVRIL, « Une "survivance" : le droit constitutionnel non écrit » [1999], dans *ID.*, *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, *op. cit.*, p. 125-134, spéc. p. 130.

43 P. AVRIL, « La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? », *APD*, n° 50, 2006, p. 233-239, spéc. p. 233.

44 P. AVRIL, « Les conventions de la Constitution : une jurisprudence organique » [2007], dans *ID.*, *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, *op. cit.*, p. 151-158, spéc. p. 152.

45 P. AVRIL, « Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la V^e République » [2008], dans *ID.*, *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, *op. cit.*, p. 305-313, spéc. p. 311.

46 P. AVRIL, « Les conventions de la Constitution : une jurisprudence organique », art. cit., p. 152.

47 P. AVRIL, « Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la V^e République », art. cit., p. 154.

48 *Ibid.*, p. 158.

« celle de la jurisprudence », qui « repose sur la force du précédent accepté⁴⁹ », mais de définir la convention même comme « une jurisprudence susceptible d'être renversée⁵⁰ ». La distinction entre les concepts de « convention » est de « jurisprudence organique » en vient même à s'estomper. Pierre Avril estime que les deux concepts ont un champ similaire, qu'il a « retenu le terme de “convention” [...] parce qu'il fallait donner une étiquette à cette catégorie de règles non écrites », même si « au fond, on est en présence d'une jurisprudence politique, née de précédents qui rendent probable que les applications futures s'y conforment⁵¹ ». La division en vient même à perdre son sens : les deux concepts renvoient à des « règles empiriques » qui agissent « à la manière d'une “jurisprudence” qui interprète largement le texte – ou son silence⁵² », quitte à s'en départir. Certains « actes » concrétisant des dispositions constitutionnelles, à l'instar de « l'inscription à l'ordre du jour d'une assemblée ou du Conseil des ministres », ou de « la démission du Premier ministre motivée par une invitation présidentielle », se présenteraient au juriste « comme une jurisprudence prétorienne, figure qui lui est familière et qu'il suffit de transposer des juridictions aux organes politiques » – décisions qui « n'ont pas l'autorité de la chose jugée », mais qui sont « juridiquement obligatoire » et qui « s'inscrivent dans la continuité caractéristique de toute jurisprudence⁵³ ». En définitive, il s'agit davantage, sous sa plume, d'explicitier les conventions constitutionnelles en les présentant sous la forme d'une « quasi-jurisprudence des organes⁵⁴ », que de saisir la singularité du phénomène jurisprudentiel en dehors des prétoires, en s'interrogeant sur la pertinence d'une distinction entre ce dernier et d'autres phénomènes assimilés à des conventions constitutionnelles.

2. Les défauts de la réduction aux conventions constitutionnelles

Une telle assimilation des formes non juridictionnelles de jurisprudence à des conventions constitutionnelles présente d'apparents attraits et des limites frappantes.

49 P. AVRIL, « Une convention *contra legem* : la disparition du “programme” de l'article 49 de la Constitution », dans *Mélanges J. Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 9-16, spéc. p. 10.

50 *Ibid.*, p. 16.

51 P. AVRIL, « Convention ou jurisprudence politique ? », dans *Les Mutations constitutionnelles. Actes de la journée d'étude du 5 avril 2013*, Paris, Société de législation comparée, 2013, p. 103-104, spéc. p. 104.

52 P. AVRIL, « Penser le droit politique », *Jus Politicum*, n° 20, 2018, p. 1-6, spéc. p. 4.

53 P. AVRIL, « Penser le droit politique (suite) », *Jus Politicum*, n° 20, 2018, p. 7-11, spéc. p. 8.

54 P. AVRIL, « Coutume constitutionnelle et conventions de la Constitution », dans M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, t. I, p. 375-401, spéc. p. 400.

a. Des points communs

Les points communs entre ces deux concepts ne manquent pas.

Tous deux se distinguent du modèle juridique du « droit écrit » – par quoi on désigne une représentation de la norme juridique comme la signification d'un énoncé écrit, fruit d'un acte de volonté destiné à communiquer une prescription, sur le fondement d'une habilitation, dans le respect des procédures attachées à cette dernière. Pour la majeure partie d'entre elles, les normes juridiques – qu'elles soient, en particulier, d'ordre constitutionnel, conventionnel, législatif, réglementaire – se conforment à ce modèle. Ce n'est pas le cas des conventions ni de la jurisprudence hors des prétoires.

Au chapitre de leur formation, jurisprudence et conventions n'obéissent à aucune règle écrite prédéterminée. Elles résultent de la réitération d'actes par lesquels leurs destinataires – qui en seraient aussi indirectement les auteurs – se conformeraient à leurs prescriptions⁵⁵. Ainsi partagent-elles les conditions plus spontanées, moins formelles, dans lesquelles elles se sont imposées et, en dépit de ces dernières, leur assimilation, dans les représentations collectives, à une forme de règle. Toutes deux procèdent d'une sédimentation progressive d'actes auxquels est rétrospectivement attachée une forme de normativité, au moins dans la mesure où elle permet aux interprètes de ne pas repartir à chaque fois de zéro, de profiter d'une forme d'expérience institutionnelle.

L'une comme l'autre partagent, sous cette lumière, une origine commune avec la coutume – ou plutôt la règle coutumière, dont Henri Lévy-Bruhl estimait qu'elle naissait « en quelque sorte, inconsciemment, et sans que l'on s'en aperçoive, des profondeurs du groupe social⁵⁶ », que René Capitant présentait comme « le droit lorsque, par sa persistance, il est devenu comme le reflet des mœurs qu'il a autrefois modelées⁵⁷ », comme « la coutume devenue obligatoire par la force de l'usage, par le prestige de l'ancienneté, par l'autorité du précédent », ou comme « le droit issu du fait par la puissance de la tradition⁵⁸ ». L'assimilation parfois opérée entre la jurisprudence juridictionnelle et un « droit coutumier de formation récente⁵⁹ », ou une « coutume judiciaire⁶⁰ », est d'autant plus aisée dans le cas de la « jurisprudence hors des prétoires », puisque les organes exécutifs ou parlementaires ne sont

55 P. DEUMIER, *Le Droit spontané*, Paris, Economica, 2000, p. 8.

56 H. LÉVY-BRUHL, « Esquisse d'une théorie des sources du droit », *L'Année sociologique*, 1951, p. 3-33, spéc. p. 24.

57 R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle » [21 février 1930], dans *ID.*, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2004, p. 283-295, spéc. p. 283.

58 R. CAPITANT, « Le droit constitutionnel non écrit », dans *Mélanges F. Génys*, Paris, Sirey, 1934, vol. 3, p. 1-8, spéc. p. 2.

59 M. PLANIOL, *Traité élémentaire du droit civil*, 11^e éd., Paris, Pichon, 1928, t. I, p. VIII.

60 F. ZENATI, *op. cit.*, p. 103.

pas contraints par une prohibition équivalente à celle établie par l'article 5 du Code civil.

Elles se distinguent pourtant, l'une et l'autre, de la coutume : la norme coutumière suppose que soit identifiée la répétition d'un acte – la cristallisation d'un usage –, cependant que la convention, selon les représentations les plus communes, est indifférente au nombre de précédents : un accord entre titulaires de fonctions organiques pour se donner une règle suffirait à l'établir, dès la première occurrence de l'acte la manifestant – ce qui lui conférerait une dimension « quasi contractuelle⁶¹ ». En quoi elle se rapproche, encore une fois, de la jurisprudence hors des prétoires.

Toutes deux ont vocation à attirer dans le champ de la prescription ou de la juridicité des pratiques, parfois ponctuelles et décousues, sur lesquelles le juriste ne portait, de prime abord, qu'un regard descriptif – à transmuier, en somme, le fait survenu en règle consacrée, en postulant la reconnaissance de son caractère obligatoire.

Au chapitre de leurs conséquences, la jurisprudence non juridictionnelle comme la convention tirent leur positivité de leur seule effectivité – de leur capacité à susciter un sentiment collectif de contrainte.

Elles reposent sur un élément subjectif, dans l'ordre du présupposé psychologique : la conviction, partagée par les participants à une pratique qui n'est apparemment pas normée, en tout cas pas en détail, de son caractère obligatoire. Toutes deux sont, à cet égard, fondées sur un calcul de probabilité. Comme le résume Georges Vedel, dans un système où le juge n'est pas lié par le précédent, on ne peut concevoir la jurisprudence comme source du droit qu'en raison de « la probabilité (sous certaines conditions) que la solution de droit donnée dans telle ou telle espèce à tel ou tel niveau soit reprise dans l'avenir par les juges ». Par quoi il rapproche le précédent judiciaire et le précédent de fait : « D'une même évaluation de probabilité, [...] les précédents de pur fait peuvent en certains cas inspirer une croyance qui s'approche de la règle juridique », de sorte que, à partir « de ce sentiment mélangé de droit et de fait », en raison de « l'intervention d'une expectative fondée sur la probabilité, le précédent judiciaire et le précédent de fait ont en commun un statut équivoque⁶² ». Le propos s'applique sans difficulté à la « jurisprudence hors des prétoires ».

De ces différents traits communs, on ne saurait cependant inférer une équivalence de principe. Charles Eisenmann moquait les auteurs qui, constatant que l'application répétée de la règle semble commune à la coutume et à la jurisprudence, font de la seconde une variété de la première, alors même qu'un « unique trait, commun à

61 V., P. AVRIL, *Les Conventions de la Constitution*, op. cit., p. 128-133.

62 G. VEDEL, « Réflexions finales », dans P. AVRIL et M. VERPEAUX (dir.), *Les Règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2000, p. 253-256, spéc. p. 255.

deux objets, ne permet pas de les déclarer identiques⁶³ ». Au risque, sinon, de se briser sur les mêmes écueils, il convient de reconnaître ce qui distingue ces deux concepts.

b. Des différences

En dépit de ces points communs, il convient de reconnaître, entre les formes non juridictionnelles de jurisprudence et les conventions constitutionnelles, certaines différences qui incitent à ne pas réduire les premières aux secondes.

Tout d'abord, la connotation attachée à ces termes n'est pas la même. Le terme de « convention » renvoie à l'image contractualiste de la rencontre de volontés, où se mêlent consensualisme et volontarisme – par contraste avec celui de « coutume », qui suggère avant tout l'idée d'une profondeur historique. Celui de « jurisprudence », quant à lui, renvoie à la représentation plus unilatérale d'une autorité produisant une norme juridique, sans qu'il soit besoin d'obtenir l'accord de ceux à qui elle s'impose.

Ces subtilités terminologiques traduisent une distinction plus substantielle. La convention, qui suppose un accord entre différents organes, est plutôt tournée, pour l'organe à qui elle s'impose, vers l'extérieur. À l'inverse, la jurisprudence, par son caractère unilatéral, est plutôt tournée, pour l'organe qui la produit et à qui elle s'impose, vers l'intérieur. Non pas, certes, que d'autres organes ne puissent tirer des conséquences d'une jurisprudence. Mais il ne s'agit pas là de son objet principal.

Ensuite, la portée normative reconnue aux phénomènes diffère également. Sans doute se rapprochent-ils en ce que la sanction de leur méconnaissance ne peut être que politique et morale – de sorte qu'on a pu présenter les conventions comme des règles « effectives » sans être « juridiquement valides⁶⁴ ». Mais là où cette sanction est le plus souvent imposée par un autre organe que celui qui a méconnu une convention constitutionnelle, elle est intériorisée, à l'inverse, par l'organe qui s'est donné une telle jurisprudence.

En outre, alors que les conventions, comme les coutumes – à l'instar de la prohibition supposée du recours à la dissolution pour les présidents de la III^e République, *contra constitutionem* –, renvoient à des normes précises, la « jurisprudence hors des prétoires » embrasse un ensemble beaucoup plus large de règles qui font système, d'une façon comparable, à cet égard, à la jurisprudence administrative qui s'est développée, pour l'essentiel, sans recours à la loi.

Enfin, le concept de « conventions constitutionnelles » semble voué à inclure certaines règles – qu'on les assimile ou non à des normes juridiques – dans

63 C. EISENMANN, « Les actes juridiques du droit administratif » [1957-1958], dans *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982, t. II, p. 495-674, p. 548.

64 V., P. AVRIL, *Les Conventions de la Constitution*, *op. cit.*, p. 146 et 154.

une perspective synchronique et statique, à un instant donné. Le concept de « jurisprudence hors des prétoires » permet, quant à lui, de restituer, dans une perspective diachronique – dynamique à cet égard –, leur régime juridique, les mouvements susceptibles de les affecter sur la longue durée, qu’il s’agisse de leur consolidation – fruit de pratiques répétées sur le temps long –, de leur modification – conséquences de ruptures dans l’interprétation qui en est faite – ou de leur neutralisation – conséquences d’un abandon de la règle ou de l’adhésion proclamée à une règle contraire. En somme, toutes les conventions ne sont pas le fruit d’un processus jurisprudentiel, seules certaines gagnent à être comprises comme telles – parce qu’elles sont caractérisées par certaines dynamiques, dans l’ordre de la consolidation, des mutations, d’éventuels « revirements ».

En définitive, l’analogie entre le comportement des juges et celui des titulaires de fonctions exécutives ou législatives semble éclairante, tant il est clair que certaines pratiques, originellement présentées comme des conventions constitutionnelles, présentent, avec la jurisprudence, de multiples points communs – par quoi il est utile de se doter du concept de « jurisprudence hors des prétoires ». Il importe pourtant de les distinguer avec soin : en assimilant toutes les conventions constitutionnelles à une forme de jurisprudence – comme le fait Pierre Avril *in fine* –, le risque est de dissoudre la singularité des phénomènes ici appréhendés par le concept de « jurisprudence hors des prétoires ». Cette tendance est fâcheuse : leur champ, plus limité que celui des conventions constitutionnelles, partiellement distinct de ce dernier, appelle la reconnaissance de ce concept propre. Pour le comprendre, il importe désormais d’identifier, à une échelle fine, certains des phénomènes qui méritent de lui être rattachés.

II. IDENTIFICATION DES PHÉNOMÈNES

Nombreuses sont les pratiques qui, hors des prétoires, s’approchent substantiellement des phénomènes habituellement rattachés à la jurisprudence. Des manifestations de la « jurisprudence hors des prétoires » peuvent être trouvées aussi bien au Parlement, où la pratique tient traditionnellement une place centrale, que du côté du pouvoir exécutif.

A. La jurisprudence exécutive

Des phénomènes susceptibles d’être assimilés à une forme de « jurisprudence exécutive » peuvent être trouvés ponctuellement dans l’administration active, plus couramment dans les sections non juridictionnelles du Conseil d’État.

1. Des manifestations rares dans l'administration active

Que des organes exécutifs puissent fonctionner de la sorte n'est pas une évidence. Difficiles à évaluer dans les échelons les moins élevés de l'administration active – où ils sont possibles, mais résiduels –, ces phénomènes se manifestent, au secrétariat général du gouvernement.

a. Un phénomène résiduel

Il n'est pas aisé d'appréhender ce phénomène dans l'administration active. Certes, des habitudes se prennent et se consolident, à une échelle fine de l'administration, sous le contrôle de l'autorité hiérarchique. Sous ce rapport, les lignes directrices – naguère qualifiées de « directives » – et circulaires peuvent être conçues comme des moyens non pas seulement de guider les services, mais de cristalliser pour l'avenir une doctrine administrative, de figer, en quelque sorte, la mémoire normative de l'administration – partant, de produire une stabilisation temporaire du droit, dans les interstices éventuels des textes qu'ils prétendent expliciter. Des organes centralisés, dans l'administration fiscale, tendent par exemple à encadrer l'exercice, par l'administration, de certains pouvoirs discrétionnaires en fixant différentes règles interprétatives⁶⁵.

L'habitude n'a cependant pas été prise de les assimiler à un phénomène jurisprudentiel. Cela peut s'expliquer par le secret globalement gardé sur le processus intellectuel qui conduit à la prise de décisions administratives, qui ne favorise pas le recours à cette image. Mais l'essentiel n'est pas là. Ce phénomène prend le plus souvent la forme d'un acte unique à prétention heuristique avant d'être normative. Par lui, il s'agit avant tout d'explicitier une norme, d'en tirer certaines conséquences pratiques en des termes généraux. Ainsi les lignes directrices et circulaires ne modifient-elles que rarement les normes qu'elles prétendent expliciter. Le plus souvent, en outre, elles interviennent une fois pour toutes : elles ne connaissent que rarement des évolutions à droit législatif constant.

b. Un phénomène visible au secrétariat général du gouvernement

Une place à part semble devoir être faite, à cet égard, au secrétariat général du gouvernement. On y éprouve un plus grand sentiment de liberté qu'ailleurs dans l'administration, voué peut-être à favoriser l'émergence d'une telle « jurisprudence hors des prétoires ». Cela s'explique aisément par l'encadrement normatif fort léger auquel est soumise l'institution, en dépit de variations qui l'ont marquée au

65 V., P. AMSELEK, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit. Aperçus à propos de l'exemple du droit public français » [1983], dans *id.*, *Études de droit public*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2009, p. 47-79, spéc. p. 75-76.

gré des décennies⁶⁶. Ce dernier s'explique par les circonstances historiques de son émergence. Le secrétariat général du gouvernement, qui procède indirectement de réformes anciennes tendant à singulariser la présidence du Conseil sous la III^e République et à lui donner les moyens concrets de fonctionner⁶⁷, a certes été institué sous sa forme moderne par une loi de finances au mitan des années 1930⁶⁸, puis encadré par un texte adopté par le Conseil des ministres à l'aube de la IV^e République, à la diffusion confidentielle⁶⁹. Lapidaires, ces textes ne jouent cependant qu'un rôle résiduel. Ils ne prévoient qu'une partie des fonctions aujourd'hui exercées par l'institution. Ces dernières, au demeurant, procèdent davantage d'un projet, nourri une génération après l'autre, de consolidation du pouvoir exécutif en général, de la présidence du Conseil en particulier, que d'habilitations explicites – aucun débat parlementaire approfondi ne lui ayant été consacré. Nombre de titulaires de la fonction semblent voir dans la légèreté de cet encadrement un bien précieux. Marceau Long déclare se « [féliciter] tous les jours » de ce que son rôle ne soit « pas figé par un texte⁷⁰ », avant que Serge Lasvignes reconnaisse comme vertu à cette « administration sans texte » de pouvoir y faire « un peu ce qu'on veut en réalité, [...] sous réserve de ne pas prendre de risques et de ne pas violer des usages bien enracinés⁷¹ ». Que ces derniers y tiennent lieu de normes a pu conduire à les assimiler à une institution coutumière⁷². Renaud Denoix de Saint-Marc juge ainsi que la « conduite à tenir » y est dictée par « la coutume, inspirée par l'esprit des institutions issues de la Constitution de 1958 et guidée par des règles de bonne administration », fruit de la « réitération des pratiques⁷³ ».

66 V., J.-M. EYMERIE-DOUZANS et M. MANGENOT, « Rouage ou centre de l'État ? Genèse et institutionnalisation du secrétariat général du gouvernement », *RFAP*, vol. 171, 2019, p. 603-627.

67 V., G. CONAC, « Le secrétariat général du gouvernement : cinquante ans d'histoire », dans Institut français des sciences administratives, *Le Secrétariat général du gouvernement*, Paris, Economica, 1986, p. 11-31.

68 Loi portant fixation du budget général de l'exercice 1935, 24 décembre 1934, art. 23. V. également décret relatif à l'organisation des services administratifs de la présidence du conseil, 31 janvier 1935.

69 Règlement intérieur des travaux du Gouvernement, *Notes documentaires et études*, n° 605, série française CXXXI, 22 avril 1947 [26 février 1947], p. 3-6.

70 M. LONG, « Le secrétaire général du gouvernement », dans *ID.*, *Les Services du Premier ministre. Conférences*, Aix-en-Provence, PUAM, 1981, p. 60-80, spéc. p. 63.

71 J.-M. EYMERIE-DOUZANS et M. MANGENOT, « La plus britannique des administrations françaises : le secrétariat général du gouvernement. Entretien avec Serge Lasvignes », *RFAP*, vol. 171, 2019, p. 745-762, spéc. p. 753.

72 V., F. BONINI, *L'Histoire d'une institution coutumière : le secrétariat général du gouvernement de la République française (1934-1986)*, thèse, science politique, Institut d'études politiques de Paris, 1987, p. 18, p. 319-329.

73 R. DENOIX DE SAINT-MARC, « Le fonctionnement du Conseil des ministres et du gouvernement », dans P. AVRIL et M. VERPEAUX (dir.), *Les Règles et principes non écrits en droit public*, op. cit.

Une telle liberté, certes propre à donner aux usages et aux conventions une place de choix, ne suffit pourtant pas à fonder une jurisprudence. Cette dernière s'exprime plus spécifiquement dans la prétention à guider – sinon à régir – pour l'avenir les titulaires de fonctions organiques qui pourraient se trouver confrontés à des difficultés équivalentes. Singulière est, à cet égard, la tendance à conserver la mémoire, au secrétariat général du gouvernement, d'interprétations d'énoncés normatifs, d'arbitrages interministériels et des choix opérés dans différentes administrations. S'il ne s'agit que d'une mission parmi d'autres⁷⁴, quoiqu'elle soit jugée d'importance – les titulaires de la fonction ayant pris l'habitude de la désigner, par métonymie, comme la « mémoire de l'État » ou « du gouvernement⁷⁵ » –, cette mise en mémoire mérite l'attention, tant elle est au cœur du phénomène ici appréhendé. L'organe conserve et rend accessibles à l'administration les comptes rendus des décisions gouvernementales et des réunions interministérielles – couramment qualifiés de « bleus » de Maignon. Ainsi se trouve constituée, au fil du temps, une banque de précédents voués à éclairer, par le souvenir de décisions passées, des choix épineux futurs⁷⁶. À quoi s'ajoute une mémoire orale, particulièrement importante pour garantir la continuité de l'État pendant les interrègnes. Choisi par Jacques Chirac en 1975, soutien précieux de Pierre Mauroy lors de la grande alternance de 1981⁷⁷, Marceau Long décrit alors le rôle de l'institution, en des termes qui font écho à la jurisprudence des tribunaux : « L'observation minutieuse de ce qui se passe permettra, en d'autres occasions semblables, de donner les précédents qui permettront de répondre aux questions que l'on se posera », de sorte que « chaque situation » conduira « à créer tel ou tel précédent qui servira d'autres fois », et de l'« ensemble de ces précédents » peut être inférée « une pratique⁷⁸ ». Manifestée de la sorte dans certains lieux de l'administration, la jurisprudence hors des prétoires affleure également au Conseil d'État, dans ses fonctions non juridictionnelles.

74 Pour une description récente, v. A. FAYE, *Les Bases administratives du droit constitutionnel français. Recherche sur la culture administrative du droit constitutionnel*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, coll. « Collection des thèses », 2017, p. 455-453.

75 V., M. LONG, « Le cabinet du Premier ministre » [28 novembre 1978], dans *ID.*, *Les Services du Premier ministre. Conférences, op. cit.*, p. 13-41, spéc. p. 14 ; J. FOURNIER, *Itinéraire d'un fonctionnaire engagé*, Paris, Dalloz, 2008, p. 297 ; R. DENOIX DE SAINT-MARC, « Le fonctionnement du Conseil des ministres et du gouvernement », art. cit., p. 221-234, spéc. p. 221.

76 P. PETITCOLLOT, « La mémoire du travail gouvernemental », *RFAP*, n° 102, 2002, p. 285-294, spéc. p. 286-287.

77 V., J.-P. COSTA, dans Institut français des sciences administratives, *Le Secrétariat général du gouvernement*, Paris, Economica, 1986, p. 66 ; B. DORINET, *Le Conseil des ministres en France*, thèse soutenue à l'université Paris 1, 2005, p. 123.

78 M. LONG, « La situation des gouvernements de la V^e République à la suite d'élections législatives », dans *Mélanges R.-É. Charlier*, réimpr. dans *ID.*, *Les Services du Premier ministre. Conférences, op. cit.*, p. 251-272, spéc. p. 251.

2. Des manifestations courantes au Conseil d'État

Le second environnement frappant à cet égard est le Conseil d'État. Une telle jurisprudence y prend différentes formes.

a. Un cadre favorable

Le cadre offert par les sections non juridictionnelles du Conseil d'État se prête à l'apparition d'un tel phénomène. Peut-on parler, à leur propos, de pouvoir exécutif ? Il est pour le moins ardu de les ramener à la division classique des pouvoirs : elles n'exercent pas de fonction juridictionnelle, quoique leurs membres soient juges par ailleurs ; elles ne se confondent pas avec les assemblées parlementaires qu'elles conseillent néanmoins ponctuellement ; elles ne s'intègrent pas non plus au gouvernement, dont elles sont les adjuvantes régulières, au point qu'il convient sans doute d'y voir, sous ce rapport, un organe administratif⁷⁹. Le constat, cependant, n'est pas dirimant du point de vue ici privilégié : l'essentiel tient au fait que ses membres n'exercent pas une fonction juridictionnelle lorsqu'ils examinent les projets de textes qui leur sont soumis – principalement, des propositions ou projets de lois constitutionnelles, organiques, ordinaires, référendaires, de « lois du pays » calédoniennes, ainsi que des projets d'ordonnances et de décrets⁸⁰.

Traditionnellement plus secrète que celle de la section du contentieux⁸¹, l'activité de ces sections est marquée par une extension au long cours de leur domaine d'intervention⁸² dans des fonctions qui, parce qu'elles ne sont ni entièrement administratives, ni entièrement consultatives, ne peuvent être désignées que comme non juridictionnelles⁸³. Elle consiste en général à appliquer aux textes qui lui sont soumis une grille d'examen marquée par une triple ambition⁸⁴. La première est la recherche de la sécurité juridique : ces sections vérifient le respect par les textes qui leur sont soumis des normes juridiques de rang supérieur, leur bonne articulation avec le droit déjà en vigueur, le respect

79 V., P. DELVOLVÉ, « Conseil d'État », *Rép. cont. Adm. Dalloz*, n° 42-57, 2012.

80 Pour une présentation, v. Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA *et al.*, « Introduction », dans *ID.* (dir.), *Les Grands Avis du Conseil d'État*, 3^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Grands avis », 2008, p. 1-68.

81 V., G. BRAIBANT, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », dans *Mélanges R. Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 91-102, spéc. p. 94-95 ; M. LONG, « Le Conseil d'État, rouage au cœur de l'administration et juge administratif suprême », *Revue administrative*, vol. 48, n° 283, 1995, p. 5-13, spéc. p. 8 ; P. GONOD, « Le Conseil d'État, conseil du Parlement », *RFDA*, vol. 24, 2018, p. 871-876.

82 J. MASSOT, « La fonction consultative du Conseil d'État », *Rev. adm.*, 2000, vol. 53, n° spécial 3, 2000, p. 21-28, spéc. p. 25.

83 V., P. DELVOLVÉ, « Conseil d'État », *Rép. cont. Adm. Dalloz*, n° 183-246, 2012.

84 V., R. BOUCHEZ, « Le Conseil d'État, conseil du Parlement. Premières consultations du Conseil d'État sur des propositions de loi », *JCP A*, n° 17, 2011, p. 2161.

des procédures consultatives préalables à leur adoption et les conditions de leur application dans le temps et dans l'espace. La deuxième est la vérification de « l'opportunité administrative ou législative » de ces textes – leur cohérence, leur pertinence, leur faisabilité et leur simplicité, en regard d'objectifs qui leur sont assignés à l'extérieur du Conseil d'État. La troisième est l'amélioration formelle de ces textes, la garantie de leur bonne rédaction, conformément à des exigences de clarté et de simplicité. Le Conseil d'État examine chaque année une centaine de projets de loi – dont un tiers ou une moitié concernent la ratification de traités –, entre quarante et quatre-vingts projets d'ordonnances, et entre cinq cents et huit cents projets de décret. Les avis prennent, le plus souvent, la forme d'un nouveau projet, revu et corrigé, adressé au Gouvernement – à quoi peut s'ajouter une note adressée au Gouvernement pour expliquer la position prise par l'institution⁸⁵.

Quoique les deux principales fonctions du Conseil d'État soient séparées, l'imaginaire juridictionnel a contribué à marquer la façon dont a été conçu son rôle consultatif. La chose est ancienne. S'adressant aux membres des sections consultatives, assimilés à l'image du « légiste assistant le législateur », Édouard Laferrière comparait ainsi les textes législatifs qui leur étaient soumis à « des témoins fidèles » qui « ne peuvent dire toute la vérité que lorsqu'ils ont subi des interrogatoires et des confrontations devant un juge attentif et sévère⁸⁶ ». À l'aube de la V^e République, Roland Maspétiol, alors président de la section de l'Intérieur, insiste sur « l'unité profonde d'inspiration et de méthode de travail du Conseil, que celui-ci statue dans ses formations contentieuses ou exerce sa mission consultative », ainsi que sur la tendance des formations contentieuses et administratives à avoir « d'identiques préoccupations et un esprit commun⁸⁷ ».

b. Des manifestations diverses

Les manifestations de la « jurisprudence hors des prétoires » sont diverses dans ce cadre. Deux instruments y contribuent à la consolidation et aux évolutions de cette jurisprudence, à quoi s'ajoute une considération pratique.

Le premier instrument est le « guide de légistique⁸⁸ » qui a, sous ce rapport, un statut singulier : publié, depuis 2005, sous la double autorité du vice-président du Conseil d'État et du secrétaire général du gouvernement, rapidement devenu la bible des sections consultatives, régulièrement mis à

85 R. BOUCHEZ, dans « Table ronde. La publicité des avis du Conseil d'État sur les projets de loi », *JCP G*, suppl. au n° 44-45, 30 octobre 2017, p. 7-17, spéc. p. 12-14.

86 *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque (1799-1974)*, Paris, CNRS, coll. « Histoire de l'administration française », 1974, p. 619.

87 R. MASPÉTIOL, « Grands corps et grands commis. Le Conseil d'État », *Revue des deux mondes*, vol. 129, n° 12, 1958, p. 636-650, spéc. p. 641.

88 Premier ministre-Secrétariat général du Gouvernement et Conseil d'État, *Guide de légistique*, 3^e éd., Paris, La Documentation française, 2017.

jour, il fait référence en la matière. S'y ajoutent les rapports publics annuels du Conseil d'État, riches d'informations sur les choix opérés, chaque année, par les sections administratives.

Le second – les « fiches de jurisprudence des sections administratives », consolidées dans des « feuilles jaunes » qui en présentent une compilation régulière, versées dans la base de données interne des juridictions administratives – permet, comme on le résume du côté du Conseil d'État, de « garder trace d'une position de principe adoptée par telle ou telle section ou par l'assemblée générale en vue de conserver une approche cohérente lors de futures questions similaires⁸⁹ ». Il s'agit, en somme, de consacrer une règle ou un principe, ou de modifier – à la manière d'un « revirement » – ce qui avait été antérieurement fixé. La pratique est désormais ancienne : le « fichage » informatique commence, au sein des sections consultatives, au mitan des années 1980 – la première fiche disponible sur la version interne du site du Conseil d'État remontant à 1984 –, d'abord dans la section des finances, puis ailleurs. Sont fichées certaines des positions prises à l'égard des textes examinés, en particulier ceux qui ont été renvoyés en assemblée générale par la section compétente – en écho au fichage, au contentieux, des décisions importantes qui marquent une évolution du droit, sous la forme d'« analyses » destinées à éclairer, pour l'avenir, les membres de la juridiction.

La production des fiches suit la procédure suivante : le membre de la section qui rédige le rapport sur le texte prépare souvent une « note » destinée au gouvernement, qu'il transforme en première version de la fiche – où la position de la section est résumée dans une perspective utilitaire, sans chercher à la justifier –, puis le président de la section, après avoir échangé avec les autres sections administratives, se laisse la possibilité de la modifier – avant que le greffe de la section s'occupe du « fichage » strict, en intégrant le document dans un plan de classement qui est le même que celui qui est suivi dans la section du contentieux. Contrairement aux pratiques de la section du contentieux, les fiches des sections administratives ne sont pas classées en fonction de leur importance. Ces fiches ne sont pas seulement utilisées par les sections consultatives : elles sont transmises au secrétariat général du gouvernement, afin qu'il puisse en garder trace. Quoique ces fiches ne soient pas publiques, leur contenu est souvent exposé dans le « rapport d'activité » annuel « des sections administratives », adopté en assemblée générale.

La dimension quasi juridictionnelle de cette pratique s'explique partiellement par la proximité entre les sections administratives du Conseil d'État et sa section du contentieux. Plusieurs indices permettent d'en prendre la mesure.

⁸⁹ C. MALVERTI et C. BEAUFILS, « À l'école de l'avis », *AJDA*, vol. 77, n° 5, 2021, p. 270-276, spéc. p. 270.

Tout d'abord, le mode de raisonnement constaté dans les différentes sections est assez proche, même si les sections administratives doivent s'interroger, tâche épineuse, sur les textes qui leur sont soumis sans requérants, sans moyens et sans débat contradictoire – en l'absence d'une « partie » susceptible de contredire les propos des représentants de l'administration.

Ensuite, même si la pratique n'est pas aussi systématique que le fichage au contentieux – particulièrement efficace et complet, dans sa version informatisée, depuis les années 1990 – et que les sections administratives sont inégalement enclines à produire de telles fiches, les fiches des sections administratives ont été pensées sur le modèle de celles de la section du contentieux. Elles sont conçues pour être insérées dans le même plan de classement que les fiches du contentieux – ce qui peut soulever des difficultés. On les qualifie couramment de « fiches de jurisprudence », quoique l'on préfère parfois, au Conseil d'État, y voir l'expression d'une « doctrine », pour signifier que l'autorité qui lui est attachée est moindre que celle de la jurisprudence contentieuse. Elles remplissent, à cet égard, une fonction supplétive à l'égard des fiches de la section du contentieux. Ces dernières, en effet, sont régulièrement consultées dans les sections administratives, dont les membres se sentent largement liés par elle, au nom du principe selon lequel, au sein de l'institution, « le contentieux lie le consultatif ». Ainsi s'interroge-t-on souvent, dans les sections administratives, sur la possibilité de transposer une solution adoptée au contentieux, présentée comme un « précédent » susceptible d'être mobilisé au soutien de l'examen du texte. À l'inverse, s'il est de principe que le consultatif ne lie pas le contentieux⁹⁰, certaines conclusions de rapporteurs publics se réfèrent, au contentieux, à des avis consultatifs – ce qui contribue à une consolidation, depuis l'extérieur, des règles ou des principes consacrés dans les sections consultatives.

Enfin, dans les deux cas, cet outil en est venu à acquérir, par sa seule existence, une autorité pratique singulière – de sorte que se constituerait, aux côtés de sa jurisprudence contentieuse, une « jurisprudence des sections consultatives ». À l'image d'une décision fichée au contentieux, un avis fiché se voit doté, pour l'avenir, d'une autorité – la fiche témoignant d'une réflexion particulière sur la question et d'une volonté de fixer, au moins temporairement, ce qui a été décidé, ou « jugé », en section. En pratique, les membres des sections consultatives se réfèrent aux fiches, très rarement aux avis : d'une part, il est plus difficile de rechercher ces derniers ; d'autre part, une très grande partie de l'activité des sections consultatives – réécrire des énoncés normatifs – ne prend pas la forme d'avis. En somme, ces fiches, qui s'apparentent de prime abord à des documents internes, sont dotées d'une portée normative diffuse par le simple fait qu'elles consolident la mémoire de la section. Elles permettent de ne pas repartir à chaque

⁹⁰ V., H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État. Essai de synthèse », *RFDA*, vol. 25, n° 5, 2009, p. 895-909, spéc. p. 906-907.

fois de zéro, en cristallisant des solutions destinées à éclairer, pour l'avenir, les sections lorsqu'elles seront confrontées à des difficultés analogues.

À quoi s'ajoute une considération pratique : à différents instants, des membres dont l'expérience de la section est plus ancienne peuvent éclairer leurs plus jeunes collègues en rappelant des réponses apportées, par le passé, à des questions qui se posent de nouveau. La proximité entre les sections administratives permet en outre à des membres d'une section de venir apporter leur éclairage – et la mémoire de leur section – lors de l'examen d'un texte par une autre section. Cela ne prive pas d'intérêt les fiches. La mémoire humaine étant par nature imprécise et périssable, ces fiches sont destinées à conserver pour l'avenir une trace précise des décisions qui ont été prises dans ces sections. Ainsi se manifeste un phénomène de mémoire institutionnelle fondée sur l'expérience cumulée des membres siégeant dans une séance de section administrative – comme au secrétariat général du gouvernement. Il n'est pas rare que des membres de sections administratives se réfèrent à des « précédents » de leurs sections⁹¹. Que des administrateurs puissent imiter des juges n'étonne sans doute guère au Conseil d'État. L'étonnement est plus grand, sous cette lumière, du côté du Parlement.

B. La jurisprudence parlementaire

L'expression « jurisprudence parlementaire » est d'usage ancien. Elle a été privilégiée par l'avocat Alphonse Grün pour intituler ses recueils systématisant les pratiques des assemblées parlementaires, d'abord de façon générale puis seulement en matière électorale, sous la monarchie de Juillet⁹², sous la II^e République⁹³, et sous le Second Empire⁹⁴. Au crépuscule de la IV^e République, le secrétaire général de l'Assemblée nationale peut encore décrire la formation d'une « jurisprudence qui joue, auprès du règlement, le même rôle que la jurisprudence des tribunaux dans l'interprétation de la loi⁹⁵ ». Sans doute certains des objectifs attachés à cette jurisprudence sont-ils propres à l'institution au sein de laquelle elle se déploie – lutter contre l'arbitraire dans l'interprétation de certains énoncés normatifs en contribuant à en préciser la lecture officielle, à affecter marginalement l'obstruction

91 L'auteur remercie Rémy Bouchez, président de la section de l'Administration du Conseil d'État, de l'avoir autorisé à assister à une séance de cette dernière le mardi 8 novembre 2022.

92 V., A. GRÜN, *Jurisprudence parlementaire. Recueil des lois, ordonnances, règlements, discussions, opinions, documents, précédents relatifs aux attributions des chambres législatives, à leur composition et au mode d'exercice de leurs pouvoirs (1835-1842)*, Paris, Charles Hingray, 1842.

93 V., A. GRÜN, *Jurisprudence électorale parlementaire. Recueil des décisions de l'Assemblée nationale (constituante et législative) en matière de vérification des pouvoirs (1848-1849)*, Paris, Guillaumin, 1850.

94 V., A. GRÜN, *Jurisprudence électorale parlementaire. Recueil de décisions du Corps législatif (de 1852 à 1864) en matière de vérification de pouvoirs*, Paris, Durand, 1864.

95 E. BLAMONT, *Les Techniques parlementaires*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1958, p. 16.

parlementaire, à contribuer à accroître marginalement la liberté de parole des parlementaires⁹⁶. Pour l'essentiel, cependant, l'analogie avec la jurisprudence juridictionnelle est frappante. Comme le note Jean Foyer, professeur de droit dont les réflexions sont nourries par deux décennies au Palais-Bourbon, la jurisprudence juridictionnelle « a très exactement la valeur des précédents parlementaires » qui « sont dans la réalité le plus souvent suivis », quoiqu'il reste « toujours permis de les critiquer » et que les assemblées soient « maîtresses de les écarter⁹⁷ ». Dans le détail, deux types d'activités – où l'on peut voir une forme de jurisprudence parlementaire – méritent d'être distingués : celles qui, parce qu'elles sont en lien étroit avec l'exercice de la fonction juridictionnelle, suscitent l'appropriation, par mimétisme, de raisonnements jurisprudentiels ; celles qui, en l'absence de tout lien avec les juridictions, sont le fruit d'un imaginaire propre à l'institution parlementaire.

1. Une représentation mimétique

La « jurisprudence parlementaire » s'exprime avant tout dans des activités du Parlement où ses membres tendent à imiter les juges. Deux configurations méritent d'être singularisées, sous ce rapport, en raison d'une proximité ponctuelle entre l'activité parlementaire et l'activité juridictionnelle : dans le premier cas, il s'agit de juger des hommes ; dans le second, de juger des procédures.

a. Juger des hommes

D'une part, les assemblées parlementaires sont amenées à collaborer avec des organes juridictionnels lorsque des poursuites sont engagées à l'encontre de parlementaires – lors de l'examen d'une demande de levée d'immunité parlementaire. Il est courant que, dans ce cadre, les parlementaires et la doctrine invoquent une « jurisprudence » en matière d'autorisation des poursuites, en n'hésitant pas à imiter les juridictions répressives⁹⁸. S'y ajoutent les sanctions prononcées, à l'intérieur de l'assemblée parlementaire, à l'encontre de leurs membres. Dès lors, cependant, que les assemblées parlementaires ne se

96 V., B. LUISIN, « L'interprétation du règlement de l'Assemblée nationale par les précédents », *RDP*, vol. 104, n° 5, 1988, p. 1107-1135, spéc. p. 1135.

97 J. FOYER, « Les sources non écrites du droit parlementaire », dans P. AVRIL et M. VERPEAUX (dir.), *Les Règles et principes non écrits en droit public*, op. cit., p. 235-246, spéc. p. 245.

98 V., R. BONNARD, « Les poursuites contre les membres du Parlement. Observations critiques », *RDP*, vol. 38, n° 2, 1921, p. 257-260, spéc. p. 260 ; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1929, p. 534 ; J. BARTHÉLEMY, « La mise en accusation du président de la République et des ministres. Étude sur la loi du 5 janvier 1918 et les arrêts du 6 août 1918 (2^e article) », *RDP*, vol. 35, n° 4, 1918, p. 581-638, spéc. p. 596 ; R. DRAGO, « L'évolution récente de la notion d'inviolabilité parlementaire », *RDP*, vol. 55, n° 3, 1949, p. 350-368, spéc. p. 360-362 ; v. également *ibid.*, vol. 56, n° 2, 1950, p. 403-415.

déterminent pas uniquement en droit et que ses membres peuvent être mus, dans ce contexte, par des considérations d'opportunité politique, il convient sans doute, en suivant en cela Marcel Waline⁹⁹, de ne pas prendre la formule au premier degré.

D'autre part, les assemblées parlementaires peuvent être amenées à exercer elles-mêmes des fonctions quasi juridictionnelles. On pense, abstraitement, à la réunion du Parlement en Haute Cour, même si sa rareté a, pour l'instant, fait obstacle à la cristallisation d'une jurisprudence en la matière.

b. Juger des procédures

Plus significative encore est, à cet égard, la pratique de la « vérification des pouvoirs » – l'examen parlementaire de l'éligibilité et de la régularité de l'élection des membres des assemblées, qui était la règle en France jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel, en 1958, se voie attribuer cette compétence de juge électoral¹⁰⁰. Comme le résumait Eugène Pierre à son propos, « la Chambre devient un tribunal¹⁰¹ ».

Des différents débats qui se sont noués autour du statut juridictionnel de cette pratique et de l'existence, dans ce cadre, d'une éventuelle « jurisprudence », deux principaux camps émergent¹⁰².

Dans le premier – celui de « l'Assemblée juridiction » –, on est enclin à défendre que les parlementaires, dans l'exercice de ces fonctions, sont liés par des règles, fussent-elles les fruits de leur propre pratique. Léon Duguit dresse une analogie entre la décision prise par le Conseil d'État sur la régularité d'une élection au Conseil général et celle que prend une assemblée parlementaire sur la régularité de l'élection de ses membres, pour défendre que l'assemblée va « exercer véritablement une fonction juridictionnelle » et qu'il « y a là un cas nettement déterminé de juridiction objective¹⁰³ ». La thèse a de quoi séduire. Elle repose sur des normes explicites : en 1875¹⁰⁴ puis en 1946¹⁰⁵, les constitutions

99 M. WALINE, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », *RDP*, vol. 35, n° 3, 1928, p. 441-462, spéc. p. 444.

100 V. Const. de 1791, titre III, chapitre I^{er}, sect. IV, art. 2 ; Const. de 1848, art. 24 et loi électorale du 15 mars 1848, art. 68 ; loi const., 16 juillet 1875, art. 10 ; Const. de 1946, art. 8.

101 E. PIERRE, *De la procédure parlementaire. Étude sur le mécanisme intérieur du pouvoir législatif*, Paris, Quantin, 1887, p. 39.

102 V., M. BAUDOT, *Essai sur la vérification des pouvoirs des membres des assemblées législatives*, thèse, droit, Paris, Giard & Brière, 1899, p. 9-36, p. 95-98 ; L. PHILIP, *Le Contentieux des élections aux assemblées politiques françaises. De la vérification des pouvoirs par les chambres au contrôle juridictionnel du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1961, p. 15-26.

103 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Bocard, t. IV, 1924, p. 249. V. également J. BARTHÉLEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1933, p. 437-439.

104 Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, art. 10.

105 Const. de 1946, art. 8.

disposent que chacune des chambres sera « juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de leur élection ».

Dans le second camp – celui de « l'Assemblée souveraine » –, on brandit la liberté des représentants de la nation pour les soustraire à toute obligation préalable en la matière : les chambres pourraient s'affranchir des règles légales en validant, lorsqu'elles le souhaitent, des élections apparemment illégales. La thèse est défendue avec fougue par Georges Clemenceau le 3 juin 1879 – en défense de la validité de l'élection, quelques semaines plus tôt, d'Auguste Blanqui à Bordeaux, en dépit de son emprisonnement et de son inéligibilité : « On me dit que la Chambre juge de l'éligibilité de ses membres comme ferait un tribunal, c'est-à-dire à condition d'appliquer la loi » ; mais « la Chambre n'est ni un jury ni un tribunal ; nous sommes la Chambre des députés, c'est-à-dire un corps politique statuant sur une élection, c'est-à-dire sur un acte politique », si bien que « la Chambre, en matière d'éligibilité [...] jouit d'un pouvoir souverain, [...] discrétionnaire », qui est « la seule garantie [...] de l'intégrité du suffrage universel¹⁰⁶ ». Peu importe, au demeurant, que cela soit estimé illégitime : comme l'observait Georges Vedel à l'aune de l'expérience parlementaire française,

toutes les fois que l'on prétend investir une Assemblée politique de compétence à allure juridictionnelle [...], l'Assemblée tend naturellement à substituer une appréciation politique à l'examen juridique qui lui incombe¹⁰⁷.

Les observateurs de cette pratique sous différents régimes¹⁰⁸ constatent souvent que la fonction est exercée de façon plus politique que juridictionnelle – les parlementaires n'étant guère soucieux de considérations de légalité, les règles appliquées un jour ne bénéficiant d'aucune stabilité pour l'avenir, et l'assemblée n'étant, en tout état de cause, guère en mesure de se lier pour l'avenir¹⁰⁹.

¹⁰⁶ *JORF*, 4 juin 1879, p. 4618 (Chambre des députés, 3 juin 1879).

¹⁰⁷ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 371.

¹⁰⁸ Pour une mise en perspective des différentes thèses en la matière, v. J.-P. CHARNAY, *Le Contrôle de la régularité des élections parlementaires*, Paris, LGDJ, 1964, p. 23-76 ; v. également *ID.*, « Naissance et développement de la "vérification des pouvoirs" dans les anciennes assemblées françaises », *Rev. hist. droit*, vol. 40, 1962, p. 556-589 ; *ID.*, « Les techniques d'investigation dans le contrôle des élections parlementaires », *RDP*, 1964, p. 5-68, spéc. p. 14 ; *ID.*, *Le Suffrage politique en France. Élections parlementaires, élection présidentielle, référendums*, Paris, Mouton, 1965, p. 16.

¹⁰⁹ V., M. BAUDOT, *Essai sur la vérification des pouvoirs des membres des assemblées législatives*, thèse, droit, Paris, Giard & Brière, 1899, p. 97 ; B. DAUGERON, « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel : la "vérification des pouvoirs", histoire et théorie », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 41, 2013, p. 17-31, spéc. p. 26 ; J. GICQUEL, « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 41, 2013, p. 191-199, spéc. p. 193.

2. Un imaginaire propre

Encore plus intéressante est la question de savoir si la pratique « normale » des assemblées parlementaires mérite d'être analysée sous ce prisme. De prime abord, on imagine que cela puisse être le cas, pour une double raison. D'une part, le Parlement est le lieu par excellence où la délibération, aujourd'hui publique et médiatisée pour l'essentiel, donne à voir le processus intellectuel qui conduit à la prise de décisions, dans des conditions de publicité qui n'ont pas d'équivalent du côté du pouvoir exécutif. D'autre part, les assemblées parlementaires sont traditionnellement marquées par une aspiration à l'autonomie normative. Elles font une part traditionnellement large aux règles non écrites. Comme l'affirme déjà Dupin aîné lorsqu'il préside la Chambre des députés, « son règlement se compose à la fois et du règlement écrit et des précédents¹¹⁰ ». Par quoi le droit parlementaire serait, selon des fonctionnaires parlementaires, un « droit d'initié¹¹¹ ». Certaines de ces règles sont consolidées, de temps à autre, dans leur règlement écrit, de sorte qu'on perçoit longtemps les règlements des assemblées parlementaires comme des codifications à droit constant de pratiques en constantes évolutions, ou des « bilans¹¹² », amenés à être modifiés de façon récurrente. En outre, de manière très concrète, les services de la séance, à l'Assemblée nationale comme au Sénat, gardent traditionnellement une trace précise des précédents – en se concentrant, en particulier, sur l'application des articles du règlement. La pratique, qui contribue matériellement à la constitution d'une forme de jurisprudence, va jusqu'à susciter l'impression d'un culte des précédents¹¹³.

Une telle intuition mérite d'être confrontée à l'expérience, en privilégiant deux approches.

a. Une représentation doctrinale

La première consiste à partir de la doctrine, à examiner – au second degré – ce que des juristes, fins connaisseurs du droit et des pratiques parlementaires, affirment à son propos. Il est notable que plusieurs d'entre eux jugent pertinent d'appréhender certaines pratiques parlementaires, pourtant dénuées de tout lien avec les juridictions, à travers une telle grille de lecture. Pour le comprendre, il n'est qu'à constater la popularité du terme « jurisprudence » dans ce cadre. Rapporteur du projet qui deviendra le règlement de la Chambre des députés du

110 J. MAVIDAL et E. LAURENT (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860* [25 février 1833], Paris, Dupont, 1891, t. 80, p. 353.

111 V., J.-L. PEZANT, « Quel droit régit le Parlement ? », *Pouvoirs*, vol. 64, 1993, p. 63-74, spéc. p. 63 ; É. THIERS, « Ontologie du droit parlementaire », dans O. ROZENBERG et É. THIERS (dir.), *Traité d'études parlementaires*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 165-192, spéc. p. 182-188.

112 C. BUNNET, *Les Règlements des assemblées parlementaires en France depuis 1871*, thèse, droit, Paris, 1967, p. 731.

113 C. ENFERT, *Le Règlement du Sénat sous la V^e République*, Paris, Economica, 1999, p. 216.

28 janvier 1839, Alexandre-François Vivien défend, par exemple, que la présence d'un grand nombre de parlementaires lors des débats permet à la « jurisprudence parlementaire » de se former et de se maintenir¹¹⁴ – cependant que le premier traité de droit parlementaire, publié par Philippe Valette et Gustave Benat Saint-Marsy, assimile différentes pratiques parlementaires à une jurisprudence¹¹⁵.

Par la suite, l'expression surgit ponctuellement sous la plume des grands auteurs des III^e et IV^e Républiques pour renvoyer à des pratiques nées dans le silence de la loi ou conduisant à la préciser. Édouard Laferrière constate que les commissions d'enquête ont fonctionné « par le seul effet de la jurisprudence parlementaire, sans qu'une loi générale ait défini leurs pouvoirs, et sans même que des lois spéciales aient été jugées nécessaires pour donner à chacune d'elles une existence légale¹¹⁶ ». Adhémar Esmein voit également dans une « jurisprudence » l'origine de la caducité de propositions de lois adoptées par la Chambre des députés en l'absence d'adoption par le Sénat avant la fin de la législature pendant les deux premières décennies suivant les lois constitutionnelles de 1875¹¹⁷. Quant à Léon Duguit, il décèle une telle jurisprudence, face à « l'absence de dispositions constitutionnelles ou légales », dans la formation d'une « série de règles coutumières » à propos des relations entre les deux chambres, dont « beaucoup ont été consacrées par les règlements de nos chambres¹¹⁸ ». Ainsi se trouve décrit un mouvement bien connu dont la proximité avec le phénomène jurisprudentiel frappe l'esprit : d'une pratique parlementaire, on tire une coutume qui pourra éventuellement être consolidée, plus tard, dans le règlement de la chambre concernée.

En matière d'étude des précédents parlementaires, une place de choix doit être faite à Eugène Pierre, administrateur de la Chambre des députés, secrétaire général de sa présidence de la fin des années 1870 au mitan des années 1920.

114 A.-F. VIVIEN, « Rapport fait au nom de la Commission chargée de l'examen de la proposition de M. Larabit, relative à la réforme du règlement » [2 avril 1838], dans *Procès-verbaux des séances de la Chambre des députés*, session de 1838, t. IV, 1^{re} partie, avril 1838, annexes n° 13 à 141, Henry, 1838, p. 77-107, spéc. p. 88.

115 V., P. VALETTE et G. BENAT SAINT-MARSY, *Traité de la confection des lois, ou examen raisonné des règlements suivis par les assemblées législatives françaises, comparés aux formes parlementaires de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de l'Espagne, de la Suisse, etc.*, Paris, Joubert, 1839, p. 122 et 179.

116 V., É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 1896, t. II, p. 22.

117 V., A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 3^e éd., Paris, Larose, 1903, p. 781-783. V. également *ID.*, « Notes de jurisprudence parlementaire. Les additions aux ordres du jour motivés », *Revue politique et parlementaire*, t. 27, vol. 8, n° 81, 1901, p. 502-510 ; *ID.*, « Notes de jurisprudence parlementaire. La déchéance des députés et des sénateurs », *Revue politique et parlementaire*, t. 28, vol. 8, n° 83, 1901, p. 295-314.

118 V., L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 4^e éd., Paris, Boccard, 1923, p. 457 ; v. égal, *ID.*, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Boccard, 1924, t. IV, p. 326 et 368.

Mieux que quiconque en son temps, il théorise les sources – notamment « non écrites¹¹⁹ » – du droit parlementaire français. Sa compréhension des pratiques parlementaires est structurée par les représentations traditionnelles de la jurisprudence. Au demeurant, il utilise souvent le terme, en lui redonnant parfois la coloration substantielle des temps anciens. Ainsi affirme-t-il, dans la première édition de son traité de droit parlementaire, vouloir « exposer l'origine de la jurisprudence et son état présent » et, en présentant les sources du droit parlementaire, « [prouver] que, même en politique, la jurisprudence n'est pas arbitraire, qu'elle a des règles certaines et durables, établies avec sagesse, maintenues avec fermeté¹²⁰ ». Sous sa plume, la jurisprudence parlementaire semble partager, avec celle des juridictions, l'essentiel de ses caractéristiques.

Dans l'ordre de sa formation, d'abord (*I.*). D'une part, la jurisprudence parlementaire manifeste une forme de liberté institutionnelle. Plus encore que les magistrats, les parlementaires peuvent être amenés à faire évoluer le droit qui s'applique à eux, d'autant plus qu'en matière de « droit politique », ceux « qui l'appliquent » sont ceux « qui le créent¹²¹ ». Elle aussi conduit à des réflexions stratégiques sur l'opportunité de motiver certaines décisions – au risque de « former jurisprudence¹²² » et de se contraindre pour l'avenir (*I.a.*). D'autre part, la jurisprudence parlementaire contribue elle aussi à une stabilisation : elle se forme et se consolide dans la durée, par un processus de sédimentation normative¹²³ – une règle pouvant ainsi être « de jurisprudence constante¹²⁴ », « établie¹²⁵ » ou « invariable¹²⁶ » (*I.b.*). Eugène Pierre qualifie volontiers de « jurisprudence » d'une commission l'interprétation normative qui, en son sein, est dotée d'une certaine stabilité¹²⁷. Certes, ces pratiques ne lieront les autorités d'application du règlement que de prime abord : les différentes interprétations du règlement acquièrent le statut de précédents susceptibles d'être « contestés parce qu'on aura oublié les nécessités d'où ils sont sortis » mais qui, en attendant, subsistent « avec l'autorité d'un acte accompli¹²⁸ ». Pour n'être pas nulle, leur autorité, en somme, n'est pas non plus absolue¹²⁹.

119 V., par ex., S. DE CACQUERAY, « Les sources du droit parlementaire », dans R. GHEVONTIAN (dir.), *Eugène Pierre, précurseur du droit parlementaire contemporain*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Études parlementaires », 2019, p. 123-151, spéc. p. 130-134.

120 J. POUDDRA et E. PIERRE, *Traité pratique de droit parlementaire*, Paris, Baudry, 1878, p. V-VI.

121 *Ibid.*, p. V.

122 E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 2^e éd., Paris, Librairies-imprimeries réunies, 1902, p. 1157.

123 *Ibid.*, p. 1074-1075.

124 *Ibid.*, p. 324, 721, 855, 935 et 1102.

125 *Ibid.*, p. 1133.

126 *Ibid.*, p. 1136.

127 *Ibid.*, p. 72, 76, 494 et 548.

128 *Ibid.*, p. V-VI.

129 E. PIERRE, *De la procédure parlementaire, op. cit.*, p. 32.

La proximité entre jurisprudence juridictionnelle et jurisprudence parlementaire se manifeste, ensuite, dans l'ordre des mutations de cette dernière (II) : elle peut être appliquée¹³⁰, maintenue¹³¹, connaître un revirement ponctuel¹³² ou plusieurs évolutions au cours du temps¹³³.

À ses yeux, elle se constate, en outre, dans l'ordre de ses fonctions (III). La fonction pédagogique (III.a) est remplie par certaines des interprétations qu'il qualifie de « précédents » – par quoi il entend les interprétations du règlement qui en constitueraient en quelque sorte les « appendices¹³⁴ », utiles, en particulier, lorsqu'il existe un doute quant aux modalités de son application à un cas concret :

Ce qui constitue un précédent, c'est la décision que le président [de l'assemblée parlementaire] rend *ex cathedra* lorsqu'il entend contester l'application d'un texte réglementaire et que, dans sa conscience, aucun doute ne s'élève ; c'est également la résolution prise par la Chambre lorsqu'un cas a paru douteux et lui a été soumis¹³⁵.

On y retrouve différentes caractéristiques de la jurisprudence *secundum legem* – vouée à préciser la signification du droit écrit. La fonction légiti-matrice (III.b) est remplie, en particulier, par ce qu'il qualifie d'« usages » – les habitudes, au sein des assemblées parlementaires, qui peuvent ne pas reposer sur un fondement textuel. La procédure parlementaire, au Royaume-Uni comme aux États-Unis, pourrait ne s'appuyer « que sur des usages sans avoir, comme noyau à ces usages, comme point de repère fixe, un règlement écrit¹³⁶ ». La représentation fait écho à la jurisprudence *praeter legem* – destinée à compléter le droit écrit, dans les interstices de ses dispositions, en suscitant une impression de complétude du système, ce qui contribue à légitimer ce dernier.

Dans l'ordre de sa portée, enfin (IV). D'une part, si les assemblées n'ont certes pas d'autorités qui leur sont inférieures, la jurisprudence parlementaire peut, elle aussi, influencer un autre organe de rang équivalent : une chambre peut « suivre » la jurisprudence d'une autre chambre¹³⁷ (IV.a). D'autre part, la « jurisprudence » parlementaire semble vouée, sous sa plume, à remplir trois fonctions que l'on prête volontiers à la jurisprudence : une fonction interprétative ou *secundum legem* – préciser la signification d'une disposition

130 E. PIERRE, *Traité de droit politique, op. cit.*, p. 1179.

131 V. *ibid.*, p. 1131 et 1139.

132 V. *ibid.*, p. 1095, 1137, 1152 et 1154.

133 V. *ibid.*, p. 1161 et 1264.

134 E. PIERRE, *De la procédure parlementaire, op. cit.*, p. 19.

135 *Ibid.*, p. 31.

136 *Ibid.*, p. 18.

137 E. PIERRE, *Traité de droit politique, op. cit.*, p. 1130 et 1134.

du règlement de l'assemblée concernée¹³⁸ –, une fonction supplétive ou *praeter legem* – établir le droit dans le silence de ce règlement, *praeter legem*¹³⁹ –, et, plus rarement, une fonction substitutive – contredire une disposition expresse du règlement¹⁴⁰ (*IV.c*). Pour l'essentiel, cette représentation continue de structurer la présentation couramment faite des sources du droit parlementaire¹⁴¹.

b. La jurisprudence de l'article 40

La seconde approche consiste à identifier directement, au premier degré, les manifestations d'un tel phénomène. Un sort particulier doit être fait, à cet égard, aux critères adoptés dans l'appréciation de la recevabilité financière des initiatives parlementaires – propositions de lois et amendements – au titre de l'article 40 de la Constitution. Ce dernier dispose simplement que ces initiatives « 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 ». Si elle impose une règle apparemment claire, la disposition ne lui attache cependant pas de procédure spécifique. Elle n'habilite pas, en particulier, le Conseil constitutionnel à intervenir en cours de procédure parlementaire – ce qui avait été envisagé, à propos de désaccords entre le Gouvernement et le président d'une assemblée parlementaire, dans l'avant-projet soumis au Comité consultatif constitutionnel le 29 juillet 1958¹⁴², et fut décidé dans d'autres cadres¹⁴³.

Ainsi les assemblées parlementaires ont-elles été conduites à préciser elles-mêmes les conditions de son application – en des termes forcément plus diserts. Il s'agit, en effet, d'un instrument stratégique pour les parlementaires : en pratique, il arrive que l'on oppose l'article 40 à un amendement pour mettre simplement un terme à un débat¹⁴⁴. Autorité habilitée à opposer une irrecevabilité à une

¹³⁸ *Ibid.*, p. 974, 989, 1027, 1079, 1124 et 1242.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 871, 892, 935, 1142 et 1192.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 992.

¹⁴¹ V., B. CHAZELLE, « Continuité et tradition juridique au sein de la seconde chambre. Le Sénat et le droit parlementaire coutumier », *RDP*, vol. 103, n° 3, 1987, p. 711-733 ; M. LAFLANDRE, *Contribution à l'étude des sources du droit parlementaire de la V^e République*, Paris, LGDJ, 1996, p. 45-52, 92-99, 132-134 ; J. DE SAINT-SERNIN, *Systèmes majoritaire et bicamérisme sous la V^e République*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2019, p. 398-417 ; *id.*, « Le précédent, source normative du droit parlementaire non écrit ? », dans *Mélanges J.-L. Héryn*, Paris, Mare & Martin, 2020, p. 415-432, spéc. p. 430-432.

¹⁴² V. « Avant-projet de la Constitution préparé [par M. Debré] à la mi-juin 1958 », dans *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La Documentation française, 1987, t. I, p. 251-256, p. 255.

¹⁴³ V. Const. de 1958, art. 41.

¹⁴⁴ V. le témoignage du sénateur Yves Détraigne dans B. MOREL, *Le Sénat et sa légitimité. L'institution interprète d'un rôle constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2018, p. 581-582.

proposition de loi ou à un amendement à ce titre, le président de l'assemblée concernée délègue en pratique au président de sa commission des finances le soin de faire « la police de l'article 40¹⁴⁵ » – au moins pour les amendements, le bureau de la commission appréciant, en pratique, la recevabilité des propositions de lois. Le président peut néanmoins déjuger le président de la commission des finances à propos d'amendements, comme le fait Yaël Braun-Pivet en juillet 2022 en déclarant irrecevables des amendements que le président de la commission des finances Éric Coquerel a jugé recevables.

La révision constitutionnelle de 2008, en revalorisant le travail en commission, rend indirectement plus strict le cadre d'un tel contrôle¹⁴⁶. En effet, l'article 42 de la Constitution, alors modifié, impose que la discussion en séance porte sur le texte adopté en commission – à l'exception des projets de révision constitutionnelle, des projets de loi de finances et de projets de loi de financement de la sécurité sociale. La question se pose alors de l'autorité exerçant le contrôle de l'article 40, de ses modalités et de l'harmonisation des positions adoptées entre les commissions. Dans certaines situations, des amendements débattus en commissions sont jugés irrecevables au stade de la discussion en séance. Les tâtonnements originels prennent fin lorsque l'habitude est prise par les présidents de commissions d'en centraliser l'examen : lorsque la question se pose, ils saisissent le président de la commission des finances. Ainsi la pratique revient-elle à répliquer en commission ce qui se passe déjà en séance.

Le caractère jurisprudentiel des pratiques institutionnelles tirées de l'article 40 de la Constitution est mis en valeur par l'élaboration de rapports signés par les présidents des commissions des finances des deux assemblées. Née à l'Assemblée nationale à l'orée des années 1970¹⁴⁷, la pratique est répliquée au Sénat¹⁴⁸ : une décision du Conseil constitutionnel, au mitan des années 2000¹⁴⁹, incite la chambre haute – traditionnellement soucieuse de défendre son autonomie¹⁵⁰ – à systématiser un contrôle qu'on y a longtemps mené de façon superficielle.

¹⁴⁵ JOAN, 7 juillet 2021, M. LE FUR, p. 7139.

¹⁴⁶ V., G. BERGOUIGNOUS, « La controverse sur la mise en œuvre des règles de recevabilité financière : *dura lex sed lex* », *Constitutions*, vol. 4, n° 3, 2013, p. 378-380, spéc. p. 378-379.

¹⁴⁷ V. les rapports de J. CHARBONNEL, IV^e législature, n° 2064, 19 novembre 1971 ; R.-A. VIVIEN, VI^e législature, n° 1860, 25 juin 1980 ; Ch. GOUX, VII^e législature, n° 753, 2 avril 1982 et n° 1922, 4 octobre 1983 ; J. BARROT, X^e législature, n° 1273, 25 mai 1994 ; P. MÉHAIGNERIE, XII^e législature, n° 3247, 5 juillet 2006 ; J. CAHUZAC, XIII^e législature, n° 4392, 21 février 2012 ; G. CARREZ, XIV^e législature, n° 4546, 22 février 2017 ; É. WOERTH, XV^e législature, n° 5107, 23 février 2022.

¹⁴⁸ V. les rapports de J. ARTHUIS, n° 401, 18 juin 2008 ; P. MARINI, n° 263, 7 janvier 2014. V. également Sénat, Comm. des finances, 8 juillet 2020, communication de V. EBLÉ.

¹⁴⁹ Cons. const., 14 décembre 2006, n° 2006-544 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, consid. 13.

¹⁵⁰ V., H. PORTELLI, « Le règlement du Sénat, l'article 40 de la Constitution et le Conseil constitutionnel », dans *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 431-436, spéc. p. 436.

Divers fonctionnaires parlementaires s'attachent à légitimer cette pratique en l'expliquant¹⁵¹.

Dans leur contenu signé par des présidents de commissions des finances, ou dans leurs préfaces signées par des présidents d'assemblées parlementaires, ces rapports portent diverses traces de l'imaginaire jurisprudentiel dans lequel s'inscrit cette activité.

C'est le fruit d'une lente construction. En 1971, Jean Charbonnel – qui rédige le premier de ces rapports – se défend de vouloir imposer quoi que ce soit à ses successeurs, en présentant son œuvre comme « une analyse purement descriptive, qui ne lie nullement les juges de la recevabilité et qu'on ne peut en aucun cas invoquer à l'encontre de leurs futures décisions¹⁵² ». Une décennie plus tard, Robert-André Vivien prend encore des précautions rhétoriques, en évoquant « une doctrine d'application – peut-on aller jusqu'à parler de jurisprudence ?¹⁵³ », ou des députés qui ont « dû dégager les éléments de ce que l'on peut appeler une jurisprudence¹⁵⁴ ». Cette timidité se dissipe progressivement chez ses successeurs. Après l'alternance de 1981, Christian Goux écrit encore que « le rôle des instances parlementaires de contrôle de la recevabilité n'est pas, à proprement parler, une fonction de juge », mais il ajoute immédiatement qu'elle « en présente certains caractères », avant de déclarer son intention d'utiliser l'image « par souci de simplicité [...] pour désigner ces instances¹⁵⁵ ». Quelques mois plus tard, il théorise sa pratique sous un prisme ouvertement jurisprudentiel : en dépit de « grands principes parfaitement établis », des projets de loi « font apparaître des cas nouveaux et inédits¹⁵⁶ », si bien que les juges de la recevabilité doivent s'adapter en permanence. Comme chez les juges, la dialectique de la pérennité et de l'adaptation est au cœur de ces pratiques, comme le résume le président de l'Assemblée, Louis Mermaz, en 1982 : d'un côté, le « juge » se donne « un relevé des décisions acquises à un moment donné » et, de l'autre, tout nouveau débat sur un texte important donne « l'occasion de préciser et d'ajuster cette doctrine¹⁵⁷ ». Par la suite, ces précautions sont, pour l'essentiel, abandonnées.

151 V., par ex., A. DELCAMP, « La procédure législative. Regard et pratiques sénatoriales », dans Association française de droit constitutionnel (AFDC), *Le Bicamérisme*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. « Droit public positif », 1997, p. 35-70, spéc. p. 47 ; P. CHAVY, « L'application de l'article 40 de la Constitution : des jurisprudences et des pratiques parlementaires méconnues », *RFDC*, vol. 109, 2017, p. 23-47.

152 J. CHARBONNEL, *Rapport d'information sur la recevabilité financière des amendements*, IV^e législature, n° 2064, 19 novembre 1971, p. 4.

153 R.-A. VIVIEN, 1980, p. 12.

154 *Ibid.*, p. 56.

155 C. GOUX, 1982, p. 10.

156 C. GOUX, 1983, p. 9.

157 L. MERMAZ, « Préface », dans C. GOUX, *Rapport d'information sur la recevabilité financière des amendements*, VII^e législature, n° 753, 2 avril 1982, p. 2.

Plusieurs traces d'un imaginaire jurisprudentiel peuvent être trouvées dans ces rapports. La première est certainement l'emploi régulier du terme « jurisprudence », souvent présentée comme « parlementaire » ou « sénatoriale¹⁵⁸ ». Il est révélateur, à cet égard, que soit évoquée la « jurisprudence des juridictions¹⁵⁹ » : la chose, dans ce contexte-là, mérite d'être précisée.

La deuxième trace tient à la manière dont leurs auteurs, présidents d'une commission des finances, se mettent en avant. Ils se présentent tantôt, à la troisième personne, sous les traits de « juges¹⁶⁰ » de la recevabilité, dont ils décrivent « l'office¹⁶¹ », tantôt à la première personne, en évoquant leurs décisions¹⁶². La procédure présente, selon eux, un « caractère quasi-juridictionnel¹⁶³ ». Elle doit reposer sur des critères objectifs, l'impartialité de la procédure conditionnant son acceptabilité par les parlementaires – ce dont on infère « une “juridicisation” de cette fraction du droit parlementaire¹⁶⁴ ».

Sa troisième trace tient aux différentes significations attachées au terme « jurisprudence », comme cela est habituel dans un cadre juridictionnel. Il renvoie tantôt à un organe – où, par métonymie anthropomorphique, il désigne un agent autonome, susceptible d'agir de certaines manières –, tantôt à un principe ou à une règle juridique, tantôt à la décision où ils ont été consacrés. Pour plus de simplicité, on dénomme telle ou telle jurisprudence – la « jurisprudence “démocratie”¹⁶⁵ », la « jurisprudence “sanctions”¹⁶⁶ » ou la « jurisprudence dite “beurre et argent du beurre”¹⁶⁷ ».

Quant à la quatrième trace de cet imaginaire, on peut l'identifier dans les caractéristiques attachées à cette jurisprudence, similaires à celles de la jurisprudence juridictionnelle.

Ces rapports évoquent les conditions de formation de cette jurisprudence (*I*). Elle est vouée à être régulièrement consolidée. C'est « un édifice dont les bases ont été posées depuis des décennies et que chaque président s'attache à consolider¹⁶⁸ ». Au bout d'un certain temps, elle s'en trouve enrichie – jusqu'à être qualifiée d'« abondante¹⁶⁹ » (*I.a*). Elle est, en outre, une création à plusieurs auteurs – une « œuvre commune et cohérente d'hommes politiques

158 P. MARINI, 2014, p. 48.

159 V., P. MÉHAIGNERIE, 2006, p. 30.

160 V., R.-A. VIVIEN, 1980, p. 87 ; P. MARINI, 2014, p. 9.

161 V., É. WOERTH, 2022, p. 16 et 18.

162 V., C. GOUX, 1983, p. 24 et 84.

163 V., G. CARREZ, 2017, p. 12.

164 J. BARROT, 1994, p. 13.

165 P. MARINI, 2014, p. 76 et 131.

166 *Ibid.*, p. 129.

167 J. CAHUZAC, 2012, p. 141.

168 J. BARROT, 1994, p. 12.

169 J. CAHUZAC, 2012, p. 13.

d'opinions pourtant fort éloignées¹⁷⁰ » –, fruit d'un mouvement diachronique qui s'inscrit dans le temps long. Ce contrôle, rappelle-t-on, « s'appuie sur une longue tradition parlementaire, puisque les premières décisions d'irrecevabilité ont été prises sur le fondement du Règlement de la Chambre des députés dès 1900¹⁷¹ » (*I.b*).

Ces rapports mettent également en avant les mutations susceptibles d'affecter la jurisprudence (*II*). On y décèle des tâtonnements¹⁷², des interprétations jurisprudentielles constantes¹⁷³, des divergences entre les deux assemblées¹⁷⁴, des assouplissements¹⁷⁵ (*I.a*) et des revirements¹⁷⁶ (*I.b*).

Les rapports rappellent volontiers les fonctions attachées à la jurisprudence (*III*). Ils sont assimilés à des recueils de jurisprudence¹⁷⁷, participant d'une codification à droit constant, actualisée avec les cas les plus récemment rencontrés¹⁷⁸ – ainsi se trouve remplie la fonction heuristique et pédagogique de la jurisprudence (*III.a*). À la manière d'une doctrine organique faisant œuvre dogmatique, leurs auteurs exposent et consolident périodiquement les règles qu'ils se fixent en la matière (*III.b*). Cette jurisprudence transforme des décisions ponctuelles en règles : les présidents successifs de la commission des finances ont « apprécié la recevabilité de milliers d'amendements, correspondant à des centaines de cas de figure différents, qui sont devenus autant de "précédents"¹⁷⁹ », ce qui permet de faciliter leur application pour l'avenir (*III.c*).

Quant à la portée de cette jurisprudence (*IV*), elle est avant tout horizontale (*IV.a*) : les assemblées se lient elles-mêmes. Dans certains cas rares, elles sont soumises à l'autorité d'une instance qui leur est supérieure. En effet, les décisions prises par les présidents des commissions sont présentées comme un jugement « en premier ressort¹⁸⁰ », avant une éventuelle intervention du Conseil constitutionnel, présenté, sous ce rapport, comme un « juge d'appel en dernier ressort des décisions des organes parlementaires compétents en matière de recevabilité¹⁸¹ ». L'idée est d'autant plus facile à défendre que le Conseil

170 P. SEGUIN, dans J. BARROT, 1994, p. 1.

171 P. MÉHAIGNERIE, 2006, p. 7.

172 J. CHARBONNEL, 1971, p. 24.

173 J. CHARBONNEL, 1971, p. 29 ; J. BARROT, 1994, p. 101 et 202.

174 J. CHARBONNEL, 1971, p. 36 ; J. CAHUZAC, 2012, p. 27.

175 J. CAHUZAC, 2012, p. 13 ; É. WOERTH, 2022, p. 86.

176 J. CHARBONNEL, 1971, p. 56 ; J. BARROT, 1994, p. 25 ; É. WOERTH, 2022, p. 70.

177 J. ARTHUIS, 2008, p. 5 et 14.

178 Voir É. WOERTH, 2022, p. 15.

179 J. BARROT, 1994, p. 15.

180 Voir P. MÉHAIGNERIE, 2006, p. 7.

181 Voir J.-L. PEZANT, « Le contrôle de la recevabilité des initiatives parlementaires. Éléments pour un bilan », *RFSP*, vol. 31, n° 1, 1981, p. 140-171, spéc. p. 168.

constitutionnel reste traditionnellement en retrait : il laisse les assemblées parlementaires juger elles-mêmes de la conformité des propositions de loi et des amendements à l'article 40 de la Constitution. Après avoir encouragé la pratique¹⁸², le Conseil ne s'est reconnu compétent pour intervenir *a posteriori*¹⁸³, à l'occasion de son contrôle de la loi, qu'à titre résiduel : selon lui, une irrecevabilité au titre de l'article 40 doit d'abord avoir été invoquée au cours de la procédure parlementaire pour pouvoir l'être devant lui¹⁸⁴, et il convient, pour les assemblées parlementaires, de mener, au moment du dépôt de chaque amendement¹⁸⁵, un contrôle « effectif et systématique¹⁸⁶ ». Se pose alors la question de son articulation avec le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel : le président de la commission des finances opérerait une forme de contrôle de la constitutionnalité des initiatives parlementaires en regard du seul article 40 de la Constitution, en « [anticipant] parfois sur le Conseil constitutionnel, du fait de l'abondance de la matière qu'il a à traiter, qui le confronte bien plus souvent que le juge constitutionnel à certains problèmes¹⁸⁷ ». Les auteurs de ces rapports ne reconnaissent pas explicitement de portée *contra legem*, ni même *praeter legem* à cette jurisprudence : chaque décision étant rendue directement sur le fondement d'une disposition constitutionnelle, sa portée est présentée comme *secundum legem* (IV.c).

Faut-il, par-delà ce que ces rapports disent de leur portée normative, y voir une forme de jurisprudence ? Une thèse minimaliste revient à n'y déceler, à l'instar de Jean-Louis Pezant lorsqu'il est fonctionnaire de l'Assemblée nationale, que des « interprétations que la pratique a données des dispositions constitutionnelles, organiques ou réglementaires » et « qui n'ont que l'autorité relative de la chose décidée, jusqu'à l'éventuelle intervention du Conseil constitutionnel¹⁸⁸ » – ou « une jurisprudence qui n'aurait pas l'autorité de

182 V., Cons. const., 23 juillet 1975, n° 75-57 DC, *Loi supprimant la patente et instituant une taxe professionnelle*, consid. 4 ; Cons. const., 14 juin 1978, n° 78-94 DC, *Résolution tendant à modifier les articles 24, 39, 42, 44, 45 et 60 bis du règlement du Sénat*, consid. 3-6.

183 V., par ex., Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, consid. 2.

184 V., Cons. const., 20 juillet 1977, n° 77-82 DC, *Loi tendant à compléter les dispositions du code des communes relatives à la coopération intercommunale et notamment de ses articles 2, 4, 6 et 7*, consid. 2 ; Cons. const., 29 décembre 1983, n° 83-164 DC, *Loi de finances pour 1984*, consid. 42 ; Cons. const., 24 juillet 2002, n° 2003-476 DC, *Loi organique portant réforme de la durée du mandat et de l'âge d'éligibilité des sénateurs ainsi que de la composition du Sénat*, consid. 2-4 ; Cons. const., 9 août 2012, n° 2012-654 DC, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*, consid. 66.

185 Cons. const., 29 juillet 2005, n° 2005-519 DC, *Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale*, consid. 28.

186 Cons. const., 14 décembre 2006, n° 2006-544 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, consid. 12-13.

187 J. BARROT, 1994, p. 13-14.

188 J.-L. PEZANT, « Le contrôle de la recevabilité des initiatives parlementaires. Éléments pour un bilan », art. cit., spéc. p. 153.

la chose jugée¹⁸⁹ », formule maladroite signifiant que chaque interprétation ne vaudrait qu'en une seule instance, sans qu'il soit possible d'en inférer une règle pour l'avenir. Pour étayer cette thèse, on peut constater un manque ponctuel de cohérence dans l'application du mécanisme – une commission des finances pouvant ponctuellement bégayer, en déclarant finalement recevable un amendement qu'elle avait préalablement déclaré irrecevable¹⁹⁰. À l'inverse, une thèse plus ouverte, défendue par Pierre Avril, revient à y voir un schéma dans l'ensemble cohérent, assimilable à un « processus coutumier » qui émergerait de la multiplication de ces actes d'interprétation – quoiqu'il soit impossible de lui reconnaître le statut d'une norme juridique, en l'absence de reconnaissance de ce dernier par un organe juridictionnel¹⁹¹. Un examen d'ensemble de la pratique invite à pencher pour la seconde branche de cette alternative – quelques incohérences de détail ne suffisant pas à affecter le constat opéré dans l'ensemble.

**

En définitive, le concept de « jurisprudence hors des prétoires » mérite d'être distingué de celui de convention constitutionnelle. Il permet d'appréhender, de manière globale et dynamique, un ensemble de règles dont le mode de formation, les mutations, les fonctions et la portée justifient qu'elles soient assimilées à une forme singulière de jurisprudence, en dépit du cadre non juridictionnel de leurs manifestations. L'étude de ces dernières, qu'on les trouve au Parlement ou du côté du pouvoir exécutif, témoigne de l'intérêt pour les juristes de ne pas se poser uniquement la question du statut normatif de tels phénomènes, mais d'en percevoir les différentes facettes, dans l'ordre des représentations, de l'imaginaire – en somme, de la culture juridique.

189 J.-L. PEZANT, « Quel droit régit le Parlement ? », *Pouvoirs*, vol. 64, 1993, p. 63-74, spéc. p. 73.

190 Voir J.-F. KERLÉO, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de l'article 40 de la Constitution », *RFDC*, vol. 99, 2014, p. 519.

191 P. AVRIL, J. GICQUEL et J.-É. GICQUEL, *Droit parlementaire*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2021, p. 41-43.