

Rapport provisoire Autriche

Otto Pfersmann

I Construire un concept de pratiques anticonstitutionnelles : distinguer *in*constitutionnel et *anticonstitutionnel*

Une « pratique anticonstitutionnelle » suppose l'existence d'une constitution, mais le concept de constitution requiert une clarification préalable. Il convient ensuite de distinguer ses exigences d'un point de vue normatif des attitudes et actions des destinataires, car les normes du droit ne disent rien de l'adhésion ou du rejet dont elles peuvent faire l'objet. Une *pratique* constitue un exercice relativement continu d'actions en rapport avec des données normatives. Les pratiques d'application de la constitution ne sont pas nécessairement conformes à la constitution, mais certaines pratiques peuvent être proprement guidées par la finalité de déstabilisation ou même de renversement de l'ordre juridique. Les pratiques inconstitutionnelles devront être distinguées des pratiques anticonstitutionnelles.

Il convient d'abord de distinguer la constitution au sens théorique de l'ensemble de données appelées « Constitution » ou auquel ce titre est refusé comme dans le cas de la « Loi fondamentale » allemande ou auquel il est attribué sans correspondre au concept comme la Constitution civile du clergé de 1790. La constitution au sens juridique s'entend comme l'ensemble des normes de production de normes générales et abstraites au sens matériel et comme ensemble de normes relevant d'une procédure spécifique encadrant toute autre production normative dans un système donné. La constitution au sens matériel peut ne pas être formalisée ou ne l'être qu'en partie et la constitution au sens formel peut comprendre des éléments qui ne sont pas matériellement constitutionnels. Il convient alors de parler de domaine formellement constitutionnalisé. C'est cet ensemble qui est traditionnellement étudié en doctrine.

Le concept de constitution au sens formel demeure toutefois trop étroit ou indéterminé. Il est trop étroit si on ne retient que le degré suprême de production normative. Il est indéterminé lorsque la formalisation se voit au contraire divisée en plusieurs rangs. Il convient alors de qualifier cette différenciation de polymorphisme constitutionnel. En effet, la formalisation peut être soumise à des restrictions interdisant certaines modifications (polymorphisme négatif) ou les canalisant des procédures encore plus contraignantes (polymorphisme positif). Un grand nombre de constitutions au sens large sont aujourd'hui polymorphes et constituent des ensembles de complexité croissante.

L'intérêt pour le droit constitutionnel formel contemporain au sens large résulte cependant du fait qu'il comprend un *calcul des défauts*, c'est à dire des normes qui organisent les conséquences d'actes juridiques en conflit avec ses exigences, en particulier la possibilité de l'annulation, de la correction ou de la suspension de normes valides, mais non conformes. Ces opérations sont généralement dévolues à des juridictions spécialisées ou générales.

Pour être examinés au regard de leur conformité, ces actes doivent par hypothèse auparavant avoir respecté les conditions de production. Mais les conditions de production peuvent être plus ou moins ouvert à des actes dont la teneur peut être plus ou moins en conflit avec les exigences de fond qu'elle énonce par ailleurs. Certaines actions peuvent être exclues de la possibilité de devenir des actes juridiquement valides et peuvent au contraire devenir la condition de l'exercice de sanction.

Ainsi, la constitution au sens large peut comprendre des mécanismes de protection permettant de répondre plus ou moins directement à des actes qui ne respectent pas ses exigences : leur ouvrir la juridicité sous condition d'un calcul plus ou moins sévère des défauts, les exclure d'emblée de la possibilité de devenir des normes, en faire des actes directement répréhensibles.

Des actes non conformes à la constitution sont *inconstitutionnels*, mais ne sont pas nécessairement *anticonstitutionnels*. Une ambiguïté persiste quant à la qualification d'inconstitutionnel, car une norme valide, mais non conforme et susceptible d'être annulée sans l'être encore sera vue comme *inconstitutionnelle* par ceux qui cherchent à en obtenir l'annulation, mais pourrait très bien être qualifiée de constitutionnelle par une juridiction de contrôle de conformité de même qu'une disposition considérée comme parfaitement conforme à la constitution par la plupart des destinataires pourrait très bien se voir sanctionnée et annulée par le juge compétent. Une fois privée de validité, elle sera organiquement qualifiée d'*inconstitutionnelle*. Il convient par conséquent de distinguer entre des données constitutionnellement problématiques ou de constitutionnalité douteuse et des dispositions ayant fait l'objet d'une décision d'annulation et qui sont dès lors techniquement inconstitutionnelles, mais pouvant encore demeurer en vigueur jusqu'à l'issue d'un délai fixé par le juge – donnant alors lieu à des dispositions inconstitutionnelles obligatoirement applicables et inattaquables. J'appellerai les cas où la nature inconstitutionnelle d'un acte d'abord valide, puis annulé est discuté de manière controversée en doctrine *inconstitutionnalité contingente*.

Une pratique *anticonstitutionnelle* comporte un élément intentionnel de non-respect de la constitution ou même une finalité de renversement ou du moins d'exercice du pouvoir externe à la constitution. En tant que pratique, elle présente également une certaine durée d'exercice dans le temps. Un putsch anticonstitutionnel ponctuel et manqué ne constitue pas une pratique, la non-application de certaines dispositions constitutionnelles. Une telle attitude peut toutefois demeurer dans le giron d'une conformité à la constitution aussi longtemps que les objectifs de mode alternatif de pratique du pouvoir ne sont pas ouvertement affichés. Une disposition constitutionnellement problématique ou même techniquement inconstitutionnelle n'est pas pour autant *anticonstitutionnelle* et ne s'inscrit pas nécessairement dans une pratique subversive. Il peut par conséquent être difficile de faire la différence entre une pratique anticonstitutionnelle inconstitutionnelle et une pratique inconstitutionnelle contingente.

La doctrine juridique analyse le « droit constitutionnel » comme l'ensemble des dispositions formellement constitutionnalisées, c'est à dire adoptées par la voie des procédures organisées selon l'article 44 de la Loi constitutionnelle fédérale¹. Elle ne s'intéresse aux dispositions matériellement, mais non formellement constitutionnelles qu'au titre de leur conformité avec la Constitution formelle. Le concept de « constitution réelle » comme pratique effective du pouvoir est utilisée par la science politique², mais aussi par la doctrine juridique lorsqu'elle

¹ Article 44 (version actuellement en vigueur, traduction)

(1) Les lois constitutionnelles ou les dispositions constitutionnelles contenues dans des lois ordinaires ne peuvent être adoptées par le Conseil national qu'en présence d'au moins la moitié de ses membres et à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés ; elles doivent être expressément désignées comme telles (« loi constitutionnelle », « disposition constitutionnelle »).

(2) Les lois constitutionnelles ou les dispositions constitutionnelles contenues dans des lois ordinaires qui restreignent les compétences des Länder en matière législative ou exécutive requièrent en outre l'approbation du Conseil fédéral, qui doit être accordée en présence d'au moins la moitié de ses membres et à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés.

(3) Toute modification totale de la Constitution fédérale, ainsi que toute modification partielle uniquement si celle-ci est demandée par un tiers des membres du Conseil national ou du Conseil fédéral, doit être soumise au vote de l'ensemble du peuple fédéral à l'issue de la procédure prévue à l'article 42, mais avant la promulgation par le président de la République fédérale.

² Cf. par exemple Anton Pelinka, « Realverfassung versus geschriebene Verfassung ». In: Justiz – Recht – Staat, Sonderband der Schriftenreihe Informationen zur Politischen Bildung. Wien 1999, 74-77; Christian Weniger, „Zwischen dem Geist der Verfassung und der Realverfassung“, in: Herwig Hösele, Heinrich Neisser, Klaus Poier (dir.), *101 Jahre Bundesverfassung*, Graz, Wien, Leykam Buchverlagsgesellschaft 2021, p. 215-217. En Allemagne, on oppose souvent la „constitution“ à la „constitution réelle“, par ex. Erhard Denninger (dir.),

cherche paradoxalement à se démarquer d'une conception trop « juridique » de sa propre discipline.

Dans la tradition doctrinale autrichienne, la distinction entre l'observation empirique des faits et la qualification juridique selon les normes en vigueur demeure généralement suivie et respectée, mais il s'ensuit une faible coopération entre sciences politiques et juridiques sans laquelle il est difficile d'identifier des tendances anticonstitutionnelles en dehors des actes inconstitutionnels contingents et des actes pénalement répréhensibles puisque de telles pratiques relèvent par hypothèse dans le champ des faits.

Les pratiques anticonstitutionnelles pénalement répréhensibles constituent un objet de droit pénal et plus particulièrement de la quatorzième partie du Code pénal intitulée « Haute trahison et autres attaques contre l'État » à laquelle ont été ajoutées des dispositions visant des « mouvements ennemis de l'État » (art. 247a) et des associations extrémistes de motivation religieuse (art. 247b). Ces faits générateurs supposent des activités illégales continues³.

Les dispositions les plus anciennes concernent l'interdiction d'activités nazies et de propagation d'idées qui en relèvent⁴.

Il convient également de mentionner les compétences de la Cour constitutionnelle en tant que juridiction pénale spéciale lorsqu'est en cause le Président fédéral par des actes constituant une violation de la Constitution fédérale (art. 142, 2^{ème} alinéa, lettre a). Une telle « violation de la Constitution fédérale » constitue un fait générateur très général, sans doute le seul en droit autrichien où le non-respect de la Constitution ne donne pas lieu à un contrôle de conformité, mais entraîne directement la sanction de perte du mandat.

Le développement du terrorisme a conduit à l'institution d'un *Office fédéral de protection de la Constitution et de lutte contre le terrorisme* en 2002 (Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung) à partir d'unités antérieures de la Police organisé selon la loi fédérale sur la police de sécurité⁵. Cette autorité connut de nombreux problèmes et fut remplacé par la *Direction de protection de l'État et du service de renseignement* aux termes de la loi fédérale sur l'organisation, les missions et les attributions de la protection de la Constitution (loi de protection de l'État et des Services de renseignement) en 2016⁶.

Freiheitliche demokratische Grundordnung – Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik. Francfort Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1977; Leibholz, *Die Repräsentation in der Demokratie*, Walter de Gruyter Berlin New York 1973; Wilhelm Hennis: *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*. Mohr Siebeck Tübingen 1968; Franz Ronneberger, „Verfassungswirklichkeit als politisches System“, in: *Der Staat*, 1968, p. 409–429, Gerhard Czermak, „Das Religionsverfassungsrecht im Spiegel der Tatsachen. Kritische Hinweise zum Verhältnis von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit“, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2001, pp. 665–570. En France, Pierre Avril évoque la « Constitution réelle »: « Il ne suffit pas de lire la Constitution écrite pour connaître la Constitution réelle, c'est-à-dire les normes qui régissent effectivement le Gouvernement du pays, the *living Constitution* comme le désignent les Américains » in : *Les conventions de la Constitution* Normes non écrites du droit politique, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 11.

³ Art, 247b, 3^{ème} alinéa « Eine religiös motivierte extremistische Verbindung ist eine solche, die fortgesetzt auf gesetzwidrige Art und Weise die wesentlichen Elemente der demokratischen rechtsstaatlichen Grundordnung der Republik durch eine ausschließlich religiös begründete Gesellschafts- und Staatsordnung zu ersetzen versucht, indem sie die Vollziehung von Gesetzen, Verordnungen oder sonstigen hoheitlichen Entscheidungen zu verhindern oder sich religiös begründete Hoheitsrechte anzumaßen oder solche Rechte durchzusetzen versucht. »

⁴ Verbotsgesetz 1947, StGBI. Nr. 13/1945 dans sa version actuellement en vigueur. Il s'agit d'une loi constitutionnelle. Les actes visant à réactiver le nazisme font l'objet de lourdes sanctions pénales allant jusqu'à la perpétuité. Ces dispositions constituent un exemple intéressant de droit constitutionnel pénal directement lié à la protection de la forme démocratique de l'État au sens de la Constitution fédérale.

⁵ Bundesgesetz über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (Sicherheitspolizeigesetz – SPG) BGBl. Nr. 566/1991 dans la version actuelle BGBl. Nr. 662/1992 (DFB).

Cette loi attribue aux autorités de police de sécurité « la protection des institution constitutionnelles et de leur capacité d'action » aux termes de son article 22, 2^{ème} alinéa.

⁶ Bundesgesetz über die Organisation, Aufgaben und Befugnisse des Verfassungsschutzes (Staatsschutz- und Nachrichtendienst-Gesetz – SNG) BGBl. I Nr. 5/2016 (plusieurs fois modifiée).

Ces autorités ont d'abord une mission préventive et obligent la *police de sécurité* à observer et à prévenir des actes anticonstitutionnels. Placé à leur tour sous l'autorité du ministre de l'Intérieur, ces activités relèvent de l'organisation constitutionnelle du gouvernement fédéral et de la responsabilité politique du gouvernement. L'information sur d'éventuels actes anticonstitutionnels ainsi que plus largement sur le fonctionnement des institutions démocratique relève des obligations des services des médias publics selon la loi fédérale sur la radiodiffusion⁷. Il ne s'agit naturellement pas d'informations académiques approfondies, mais la radiodiffusion autrichienne renseigne souvent le public sur d'importantes décisions du juge constitutionnel.

Une part importante de répression des pratiques anticonstitutionnelles

La tradition doctrinale est tout à la fois de haute qualité et assez accessible pour le public averti, mais son objectif n'est pas celui d'une information générale du public dans son ensemble.

Les quotidiens de qualité, aujourd'hui principalement *Die Presse* et *Der Standard* publient régulièrement des articles écrits par des juristes sur les causes constitutionnelles.

Par rapport au cas d'inconstitutionnalité le concept de « pratiques anticonstitutionnelles » est peu mobilisé en doctrine, mais relativement présent dans le débat politique et son usage croît en raison du développement du terrorisme et de la polarisation du paysage politique. Cela conduit à la situation paradoxale où le parti ayant le plus grand nombre de députés au Parlement (le FPÖ compte actuellement 57 sièges sur 183) est aussi le parti sous observation en tant que relevant de l'extrême droite.

Ce concept pourrait cependant être utilement mobilisé s'il était plus clairement distingué de l'inconstitutionnalité, permettant ainsi de faire plus clairement état d'activités visant à modifier radicalement le système constitutionnel actuel dans un sens autoritaire. En effet, le FPÖ entend consacrer la possibilité d'une « rémigration » (idée et parole largement promue par le parti AfD en Allemagne) dans la Constitution, d'affaiblir les contraintes relevant de normes supranationales et de la CEDH et de faciliter la possibilité de convoquer un référendum constitutionnel jusqu'ici limité à la « révision totale » de la Constitution pour laquelle il est obligatoire et à la révision partielle pour laquelle elle est facultative, pouvant être demandée par un tiers des membres du Conseil national ou du Conseil fédéral par un tiers des membres du Conseil national ou du Conseil fédéral aux termes de l'art. 44, 3^{ème} alinéa.

La préparation et la diffusion de ces objectifs dans les médias relevant ou proches du FPÖ s'inscrit en surface dans une future application de la Constitution en vigueur par le biais de laquelle les modifications seraient opérées, mais aurait pour résultat une constitution tout à fait différente dont les éléments libéraux et la protection de l'État de droit (ici au sens du contrôle juridictionnel des lois et des règlements et du respect des droits fondamentaux) seraient sinon éliminés du moins fortement réduits et les prérogatives d'un chancelier extrêmement amplifiées⁸. Il est actuellement peu probable que ce parti obtienne une majorité qui lui permettrait de modifier constitutionnellement la Constitution dans le sens qu'il propose (contrairement à ce qui s'est passé en Hongrie où le parti Fidesz avait obtenu une majorité qui lui avait permis non seulement de modifier la Constitution, mais aussi de verrouiller une grande partie de la législation ordinaire en imposant des majorités qualifiées pour la changer).

⁷ Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk (ORF-Gesetz, ORF-G) BGBl. Nr. 379/1984 dans la version actuellement en vigueur,

« Art. 4 1) La radiodiffusion autrichienne a, par la voie de l'ensemble de ses programmes selon l'art. 3 la mission

1. de l'information globale du public sur toutes les questions importantes en matière politique, sociale, économique, culturelle et sportive ;

2. d'assurer la promotion de la compréhension de toutes les questions de la vie démocratique en société... » (ma traduction)

⁸ Cf, par exemple pour un reportage déjà ancien sur les projets du chef du FPÖ <https://www.derstandard.at/story/3000000237688/kickls-machtergreifung-ein-szenario>

Le problème est ici entièrement différent de celui du contrôle ou même de la répression d'actes inconstitutionnels ou anticonstitutionnels avérés. Les pratiques de préparation, même d'annonce d'actes dont les conséquences seraient incompatibles avec les principes de la Constitution en vigueur mais qui ne se présentent pas en tant que tels comme des violations de la Constitution échappent largement à la doctrine qui ne peut que les mentionner à titre d'hypothèse.

La question de la compatibilité de l'Islam politique en tant que position religieuse affirmant un devoir de désobéissance par rapport aux normes juridiques lorsqu'elles sont en conflit avec celles du code religieux et invitant ses adhérents à agir en vue de subvertir les principes libéraux de la Constitution et de les remplacer par ceux d'un État théocratique constitue un autre champ d'observation pour la Direction de protection de l'État. Leur répression au sens du code pénal suppose des actes illégaux.

Le contrôle régulier des actes juridiques éventuellement en conflit avec la Constitution constituent l'objet de la justice constitutionnelle.

II

Saisir en droit positif les pratiques anticonstitutionnelles

Les juridictions sont compétentes de se saisir du contrôle des actes inconstitutionnels soit directement soit indirectement. Les pratiques *anticonstitutionnelles* ne peuvent faire l'objet de décisions juridictionnelles que si elles relèvent du droit *pénal* général ou spécial. De telles décisions relèvent des juridictions ordinaires (sauf pour le Président fédéral) et supposent la mise en œuvre de poursuites.

Des pratiques non conformes à la Constitution ne sont pas, selon la conceptualisation ici admise, nécessairement *anticonstitutionnelles*.

Les actes inconstitutionnels sont susceptibles d'un contrôle juridictionnel selon le système fort élaboré et sans doute assez connu de la justice constitutionnelle qu'il n'est pas opportun de développer ici. Qu'il suffise de rappeler que la Cour constitutionnelle ne peut pas se saisir d'office de cas d'inconstitutionnalité et doit être saisie selon les différentes modalités ouvertes soit aux justiciables, aux juridictions ordinaires, aux assemblées parlementaires, à l'ombudsman. La seule hypothèse d'auto-saisine concerne cas où un recours contre un acte administratif induit un doute quant à la constitutionnalité de la loi ayant servi de fondement à son édicton. Ce moyen est très puissant et a permis de sanctionner des dispositions législatives inconstitutionnelles que le requérant n'aurait pas pu attaquer directement.

Il convient cependant d'observer que la terminologie relative aux « pratiques *anticonstitutionnelles* » concerne la plupart du temps des actes inconstitutionnels et non des pratiques résultant d'un long exercice dans le temps et que leur qualification comme anticonstitutionnels répond plus à une perspective politique que proprement juridique et enfin que les cas discutés à ce titre peuvent donner lieu à des appréciations opposées.

Pour prendre un exemple relativement récent de la jurisprudence de la Cour. La procédure des commissions d'enquête du Parlement est régie par la Loi sur le règlement du Conseil national⁹. Cette loi – en outre soumise à une procédure renforcée d'adoption qui exige une majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée – comprend un règlement pour la procédure devant les commissions d'enquête. Elle prévoyait, sous le titre Séances ouvertes aux médias et séances à huis clos

une disposition selon laquelle :

⁹ Bundesgesetz vom 4. Juli 1975 über die Geschäftsordnung des Nationalrates (Geschäftsordnungsgesetz 1975) BGBl. Nr. 410/1975 dans sa version actuellement en vigueur.

« Article 17. (1) Lors de l'audition de personnes disposant d'informations pertinentes et d'experts, l'accès est accordé à *des représentants de médias* par le président, dans la mesure où l'espace le permet. Les enregistrements sonores et vidéo ne sont autorisés qu'aux fins de la rédaction du procès-verbal conformément au § 19 et de la retransmission au sein des bâtiments du Parlement »¹⁰.

Cette règle permettant au président de la commission d'autoriser la présence de représentants accrédités de la presse a été vigoureusement critiquée par des personnes qui affirmaient avoir un intérêt légitime à être présent et de disposer de qualifications équivalentes aux représentants accrédités de la presse. Elle a notamment été dénoncée comme « pratique contraire à la Constitution ». Des recours individuels attaquant cette disposition ont été rejetés¹¹ avant qu'une nouvelle tentative aboutisse et passe l'étape de l'admissibilité du recours individuel contre une disposition législative – devant démontrer que le requérant est directement affecté par la norme sans qu'il soit possible d'obtenir une mesure individuelle d'application et de procéder par la voie des recours administratifs ou juridictionnels¹². La Cour a donné raison au requérant sur le fond en arguant que la restriction aux personnes accréditées était contraire au principe d'égalité et à la liberté d'opinion¹³. Selon la technique minimaliste de la Cour, uniquement le mot « représentants <accrédités> de médias » (*Medienvertreter*) a été annulé dans la loi et la Cour a accordé un délai jusqu'au 31 décembre 2027 (!) afin de réparer ce texte en conformité avec la Constitution.

La motivation de la décision s'étend sur 80 pages et les conclusions sur le fond sont plutôt convaincantes. Il paraît néanmoins difficile de qualifier la disposition incriminée de pratique *anticonstitutionnelle*, l'ouverture des commissions d'enquête aux représentants de la presse étant elle-même déjà le résultat d'une modification du règlement en vue de renforcer la transparence et d'améliorer l'information du public. La décision de la Cour accordant un très long délai en vue du changement de la norme démontre en outre que la disposition - encore en vigueur – n'est pas considérée comme un exercice continu du pouvoir qui subvertirait la Constitution.

III Prévenir les pratiques anticonstitutionnelles

Tout système juridique protège jusqu'à un certain degré sa propre existence et admet jusqu'à certain degré sa propre modification. Le rapport entre stabilisation et flexibilité différencie les ordres juridiques¹⁴. La formalisation de la Constitution et son renforcement par des clauses de polymorphisme positif ou négatif visent à rendre la modification de certaines normes et des normes de modification de normes plus difficile. L'introduction d'un contrôle de constitutionnalité et sa configuration plus ou moins différenciée et son accessibilité comme sa célérité et la rigueur argumentative constituent des mécanismes de préservation du cadre

¹⁰ § 17. (1) Bei der Anhörung von Auskunftspersonen und Sachverständigen wird Medienvertretern vom Präsidenten nach Maßgabe der räumlichen Möglichkeiten Zutritt gewährt. Ton- und Bildaufnahmen sind ausschließlich für Zwecke der Protokollierung gemäß § 19 und der Übertragung innerhalb der Parlamentsgebäude gestattet.

¹¹ <https://epicenter.works/content/individualantrag-zur-oeffnung-der-untersuchungsausschuesse-fuer-die-oeffentlichkeit>

¹² Il s'agit de l'association *epicenter.works – für digitale Rechte* qui présente son succès juridictionnel sur sa page web : <https://epicenter.works/content/demokratie-gewinnt-vfgh-oeffnet-untersuchungsausschuesse-fuer-die-oeffentlichkeit>

¹³ https://www.vfgh.gv.at/medien/Zugang-U_Ausschuesse.de.php

¹⁴ Cf. Otto Pfersmann, « Legal limits to democratic stability », in Andras Sajo (éd.), *Militant Democracy*, Eleven International Publishing Utrecht, 2004, pp. 47-68.

constitutionnel en vigueur, qui peut être affaibli par une politisation des positions défendues par les membres des juridictions compétentes.

Mais les pratiques inconstitutionnelles même *anticonstitutionnelles* ne peuvent être endiguées que juridiquement, c'est à dire par des règles protégeant le maintien d'autres règles. La conduite effective des destinataires comme de ces destinataires qualifiés que sont les juges et les requérants, enfin les représentants de la doctrine échappe par nature à la normativité juridique qui ne peut pas garantir son propre respect dans les faits. La défense effective de la Constitution repose principalement sur ses destinataires et leur attachement, indifférence ou rejet des règles. Cela vaut pour n'importe quel ordre juridique et la culture du droit, de sa connaissance et du raisonnement juridique constitue un facteur empirique que le droit ne peut pas dominer, mais qui détermine au contraire son développement et sa stabilité.

Une constitution très élaborée peut être tièdement suivie et une constitution non formalisée peut être rigoureusement appliquée à travers les âges. Cela ne dépend pas de la constitution, mais des destinataires. Il est en revanche certain qu'une constitution plus différenciée est souvent un symptôme d'une culture constitutionnelle plus approfondie, mais tout cela peut changer au fil du temps et la constitution ne maîtrise pas les attitudes réelles.

Ici intervient la responsabilité de la doctrine et de la théorie du droit sur laquelle elle repose.

Une doctrine pour laquelle les comportements effectifs prévalent sur le formalisme des règles et qui considère que la « vraie » constitution n'est pas dans les règles, mais dans les attitudes et les actes contribue à délégitimer la constitution et « normativiser » paradoxalement les pratiques.

Les « conventions de la constitution » peuvent constituer un cadre informel, mais fortement respecté, leur importation dans un système formalisé peut au contraire contribuer à légitimer le non-respect des règles. En ce sens, la transposition de la théorie des conventions de la constitution en France¹⁵ constitue une démarche peut-être intéressante, mais certainement problématique puisqu'il s'agit de promouvoir l'idée que la Constitution n'est pas la constitution et que celle-ci serait les pratiques des acteurs.

La même remarque vaut pour les théories selon lesquelles le texte de la Constitution est dépourvu de sens et seul son application organique, qualifiée « d'interprétation » serait la véritable constitution. Cela invite, là-aussi à considérer le fait et les pratiques quelles qu'elles soient comme la constitution et par conséquent à légitimer la pratique du pouvoir en dehors des règles¹⁶.

La doctrine autrichienne est jusqu'ici plutôt attachée à un exercice relativement rigoureux du raisonnement juridique fortement marquée par une tradition normativiste qui n'a guère empêchée l'émergence de controverses, mais qui demeure plutôt fidèle à une distinction entre le fait et la norme et qui évite en général la politisation des analyses de jurisprudence. Des tendances pour lesquelles la « pratique » prévaut sur un respect formel de la règle existent naturellement aussi, mais elles ne vont pas dans le sens d'un scepticisme pour lequel la règle serait vaine et sa connaissance impossible et oiseuse.

Le droit peut évidemment autoriser des variantes de comportement plus ou moins largement conçues et il peut admettre des mécanismes de concrétisation fort peu déterminés. Ce que le droit ne peut pas faire, c'est admettre que ses exigences soient violées ou organiser sa propre violation.

C'est le problème que rencontrent les politiques italiens qui cherchent à importer le « modèle français » de la Cinquième République avec un président qui exercerait des attributions qui ne

¹⁵ Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution Normes non écrites du droit politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1997

¹⁶ Cf. Otto Pfersmann, « Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation », in : *Revue Française de Droit Constitutionnel* no. 52, 2002, p. 789-836 ; « Une théorie sans objet — une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », in : *Revue Française de Droit Constitutionnel* no. 52 (2002), p. 759-788

lui sont pas concédées et un Premier ministre qui n'exerce pas celles qui lui sont pourtant confiées¹⁷.

En Autriche, la discussion autour des véritables compétences du président fédéral apparaît régulièrement lors de chaque élection, mais jusqu'ici aucun président n'a cherché à se substituer au chancelier fédéral. La seule occasion où une controverse a donné lieu à une crise pourtant rapidement apaisée concernait la présence du président lors des réunions du Conseil européen. La Constitution énonce clairement que le « président représente la République à l'extérieur », mais le fait que cette compétence est exercée sur proposition du gouvernement et la réalité politique fait du chancelier en tant que « chef de gouvernement » le représentant de l'Autriche au Conseil. Cette pratique peut être considérée comme problématique, elle n'est assurément pas *anticonstitutionnelle*.

¹⁷ Otto Pfersmann, "L'illusione del *mos gubernandi gallicus*", in: *Percorsi costituzionali* 2 (1/2009), pp. 275 - 286.