

Constitution et pratique(s) de la Constitution –

Sur une tendance de la doctrine constitutionnelle française :

décrire le droit constitutionnel positif à partir des pratiques institutionnelles

Existe-t-il un autre domaine de la science du droit que celui de la doctrine constitutionnelle dans lequel la pratique apparaît comme un objet d'étude, parfois, confondu ou, du moins, insuffisamment distingué du droit lui-même ? Quelle discipline juridique intègre la pratique du droit, c'est-à-dire les comportements effectifs des destinataires des normes, de manière aussi systématique dans l'étude de celui-ci, certes, pour apprécier la régularité des pratiques vis-à-vis du droit, mais, trop souvent, pour déterminer ce qu'est le droit lui-même ? En droit privé et, plus précisément en droit des biens, étudie-t-on le droit de propriété à partir des dispositions du code civil qui le régissent ou à partir des statistiques criminelles portant sur l'atteinte aux biens des personnes ? En droit de la famille, étudie-t-on le mariage à partir de son régime juridique tel que posé par la loi, ou des mariages effectivement conclus, voire des divorces qui, selon toute vraisemblance, témoignent d'un certain échec du mariage ? En droit constitutionnel, pourtant, l'étude du droit positif ne se fait pas seulement à partir du droit écrit – du droit constitutionnel formel – mais également à partir de la façon dont ce droit est appliqué par ses destinataires. Autrement dit, pour rendre compte du droit positif, il ne suffit pas seulement de poser la signification des énoncés dispositionnels constitutionnels, il convient également de faire état de la manière dont ces énoncés sont appliqués, en pratique, par ceux qui sont contraints de le faire. La doctrine procède ainsi à une lecture que nous qualifierons de praxéologique du droit constitutionnel.

Quelques exemples, pêle-mêle, peuvent être cités. À propos de la formule posée par l'article 49.1 de la Constitution selon laquelle « Le Premier ministre, après délibération du conseil des ministres, engage devant l'Assemblée nationale la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou éventuellement sur une déclaration de politique générale », un auteur s'interroge sur la valeur de l'usage de l'indicatif présent, pour répondre, aussitôt, que « la pratique politique a apporté une réponse négative malgré les précédents de Michel Debré en 1959 et de Georges Pompidou en 1962 »¹. Au sujet du terme d'« arbitrage » mobilisé par l'article 5 de la Constitution qui définit le rôle du Président de la République, un autre auteur écrit que le terme est ambivalent et que seule la pratique présidentielle permet de trancher². Plus fondamentalement encore, à propos de la Constitution, celle-ci est considérée comme étant « aussi le fait de ses acteurs qui, n'étant pas des automates, disposent du pouvoir d'élaborer entre eux des règles de comportement non formalisées »³. Dans le prolongement, s'agissant des révisions constitutionnelles, pour certains, « il est évident que la Constitution est également modifiée par le juge toutes les fois qu'il procède à un revirement de jurisprudence (...) et par la pratique des acteurs politiques »⁴. Pour ces auteurs, il ne fait aucun doute que la pratique des destinataires des normes constitutionnelles, ceux dont les comportements sont permis, habilités, contraints ou interdits, occupe une place déterminante dans l'étude du « droit constitutionnel positif ». Pour le dire autrement, la détermination de la signification d'énoncés dispositionnels contenus formellement dans la Constitution, et donc la

¹ J. Boudon, *Manuel de droit constitutionnel*, tome 2, 6^e éd. 2025, PUF, p. 221.

² V. Constantinesco, S. Pierre Caps, *Droit constitutionnel*, 7^e éd., Thémis, PUF, 2016, p. 355.

³ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2025-2026, 39^e éd., LGDJ, p. 244

⁴ J. Boudon, *Manuel de droit constitutionnel*, p. 285

description des normes formellement constitutionnelles, impose de mobiliser la manière dont ces énoncés ont été appliqués par ceux qui en étaient les destinataires.

Au-delà de ces exemples ponctuels, cette situation mérite d'être appréhendée de manière plus systématique à partir d'une production scientifique particulière et significative de la doctrine constitutionnelle française à savoir les *manuels de droit constitutionnels*. La définition courante du « manuel » permet d'éclairer assez justement le contenu de cet objet : un « ouvrage de format maniable, qui contient les éléments d'une discipline ou l'essentiel d'un programme scolaire »⁵. Les manuels participent ainsi de ce que l'on pourrait appeler la doctrine « pédagogique », dans la mesure où elle est essentiellement tournée vers les étudiants. Ils réunissent le savoir commun minimum autour duquel s'organise et se structure la connaissance du droit constitutionnel. Leurs caractéristiques peuvent être synthétisées de la manière suivante : un exposé des connaissances le plus exhaustif qui soit sur la matière « droit constitutionnel », intégrant l'étude du régime politique français et celle de certains exemples seulement de droits étrangers (de manière systématique les régimes des États-Unis d'Amérique et de l'Angleterre), et sans doute, plus justement, la réunion des connaissances jugées nécessaires à la connaissance de la matière ; un relatif mimétisme dans la structuration et le contenu de ces différents manuels ; un exposé de connaissance pédagogique à destination principalement des étudiants de première année de licence de droit. Animés par un souci de clarté et de simplification, lié à leur vocation didactique et pédagogique, la plupart d'entre eux se caractérisent par une relative absence de problématisation des connaissances exposées ; une absence de positionnement théorique sur leur objet et épistémologique sur la discipline, qui empêche une vision globale assumée et explicité de la matière ; l'état de connaissances consolidées, classiques et générales, qui ne prennent pas toujours en compte les connaissances résultant de travaux spécifiques récents, en particulier des thèses de doctorat ; une absence de conceptualisation proprement juridique. Ces constats quelque peu sévères et généraux ne sauraient masquer le fait qu'il existe certains manuels qui échappent à ces caractéristiques.

En tout état de cause, parce que les *manuels de droit constitutionnel* formalisent la *connaissance commune minimale* en droit constitutionnel, ils façonnent à l'évidence la formation et donc la *culture constitutionnelle* des étudiants de droit et, plus largement des juristes, qui participeront, pour bon nombre d'entre eux, à la production, à l'application ou à la description du droit, qu'ils exercent des fonctions juridictionnelles, politiques, professionnelles ou universitaires. Sous cet angle, l'on peut donc considérer les manuels de droit constitutionnel, qui structurent le contenu de la formation des étudiants en droit constitutionnel, conditionnent la manière dont les acteurs politiques ou les membres de la doctrine appréhendent eux-mêmes les comportements institutionnels : le discours sur les pratiques de la Constitution n'est donc pas indépendant des représentations du droit constitutionnel qui ont été transmises dans les universités. Il en résulte une forme de responsabilité particulière du discours doctrinal pédagogique, qui détermine la façon dont sont appréhendées les pratiques de la Constitution et, plus largement, le droit constitutionnel dans son ensemble. Pour la présente étude, le choix a été fait de retenir les ouvrages qui se présentent comme des « manuels » sur les 10 dernières années, dans leur dernière édition, ce qui exclut les ouvrages caractérisés par leur volume réduit et leur visée synthétique (aide-mémoires et mémentos notamment) et les ouvrages centrés sur les exercices pratiques, notamment les ouvrages de préparation aux concours et de préparation aux examens⁶.

⁵ <https://www.cnrtl.fr/definition/manuel//1> au 8 juillet 2026.

⁶ L'étude a porté sur les ouvrages suivants, dans leurs dernières éditions : M-A Cohendet, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 6^e éd., 2024 ; P. Brunet, L. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 46^e éd., LGDJ, 2025 ; J. Boudon, *Manuel de droit constitutionnel*, tome 1 et 2, 6^e éd. 2025, PUF ; P. Ardant, B. Mathieu, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 36^e éd., LGDJ Lextenso, 2024-2025 ; J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2025-2026, 39^e éd., LGDJ ; P. Pactet, F. Melin Soucramanien, *Droit constitutionnel*, Sirey, 43^e éd., 2025 ; L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 28^e éd., 2026 ; D. Chagnollaude, *Droit constitutionnel contemporain*, t.

À la lecture de cette production scientifique, trois positionnements de la « doctrine des manuels » peuvent être mises en évidence en fonction des liens qu'ils établissent entre le droit et la pratique.

Premier positionnement, celui de la *séparation* du droit et de la pratique, qui interdit que l'on puisse établir la signification d'un énoncé dispositionnel à partir de la manière dont il est appliqué par celui qui est contraint par cet énoncé. La pratique est clairement distinguée du droit. Ce dernier relève du *devoir être*, domaine qui est régi par le *principe d'imputation* (si des conditions sont réunies alors quelque chose *doit advenir* mais peut très bien ne jamais advenir en pratique), la première de l'*être*, régit par le *principe de causalité* (si des conditions sont réunies alors quelque chose *advient nécessairement* en pratique). Cette séparation de l'être (la pratique) et du devoir être (le droit) doit encore être lue par le prisme de la loi de Hume⁷ selon laquelle il est impossible de tirer des conséquences normatives de prémices seulement descriptive : il est impossible d'établir ce qui *doit être* à partir de ce qui *est*. Droit et pratique sont donc séparées : la pratique, *ce qui est*, à moins que le système juridique reconnaisse comme valable la production de normes constitutionnelles coutumières, ne saurait être à l'origine de normes juridiques, *ce qui doit être*⁸.

Cette distinction emporte deux conséquences par ailleurs décisives :

- le droit exige la réalisation effective de certains comportements, précisément ceux qui sont prescrits par la norme, et donc des pratiques déterminées et déterminables *a priori* ;
- il est toujours possible de vérifier qu'un comportement particulier, qu'il s'agisse d'un comportement matériel, et donc d'une pratique, ou d'une norme produite en vertu d'une habilitation, est ou n'est pas régulier par rapport au comportement prescrit par la norme.

La thèse de la séparation autorise et implique ainsi l'appréciation de la régularité des comportements et des normes vis-à-vis des normes supérieures.

À l'opposé, la thèse de la *fusion*, qualifiée comme telle car elle résulte d'un discours théorique construit, considère que c'est la pratique et, plus précisément, les interprétations proposées par les organes habilités à appliquer le droit⁹, les interprétations authentiques, qui posent les normes juridiques et non pas les interprétations qui pourraient être réalisées à partir des seuls énoncés textuels. Dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement (?), car, non sans contradiction, les tenants de la thèse de la fusion considèrent parfois la loi de Hume comme valide, la thèse de la fusion conduit à identifier le droit dans certaines pratiques, ce qui exclut de pouvoir apprécier la régularité éventuelle de ces pratiques par rapport au droit ou, pour être plus précis, à la signification possible des énoncés prescriptifs formellement constitutionnels. La thèse de la fusion écarte toute possibilité d'appréciation de la régularité ; tout au plus est-il possible d'émettre des critiques sémantique ou logique à certaines normes posées par les organes authentique au regard des énoncés qu'ils ont vocation à appliquer.

1, 12^e éd., t. 2, 11^e éd., Dalloz, 2024-2025 ; V. Constantinesco, S. Pierre Caps, *Droit constitutionnel*, 7^e éd., Thémis, PUF, 2016 ; B. Dauger, *Droit constitutionnel*, 1^{er} éd., Thémis, PUF, 2023 ; O. Gohin, *Droit constitutionnel*, LexisNexis, 6^e éd., 2024.

⁷ D. Hume, *Traité sur la nature humaine*, 1777, extrait repris et traduit in *Le positivisme juridique*, sous la direction de C. Grzegorzczuk, F. Michaut et M. Troper, LGDJ, La pensée juridique moderne, 1992, pp. 244-245.

⁸ Sur tous ces développements théoriques connus, nous pouvons renvoyer en particulier à l'introduction théorique du manuel de droit constitutionnel aixois sous la direction du Doyen Favoreu, rédigée par O. Pfersmann : L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghévantian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 28^{ème} édition, 2026, tout particulièrement §§ 74-75.

Plus largement, sur les principes de causalité et d'imputation, voir : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, 2^{ème} édition, 1962, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 1999, p. 85 et s.

⁹ Et encore plus précisément sans doute, ce que le comportement de ces organes permet de dégager comme signification des énoncés qui couvrent ce comportement.

Doit être ajoutée une troisième approche, celle de la *confusion*, qui révèle une absence de construction théorique permettant de clairement situer le droit et la pratique ce qui, en fonction des situations étudiées, pourra exiger l'établissement de la signification des énoncés, de manière relativement aléatoire, soit par ces seuls énoncés, soit par la seule pratique, soit par la mobilisation combinée des deux. Il est relativement clair que c'est précisément au sein de cette thèse de la confusion que les incertitudes sont les plus fortes, faute d'une épistémologie précise, sur le statut et la manière de mobiliser la pratique pour établir la signification du « droit positif constitutionnel ». La pratique pourra d'ailleurs parfois apparaître comme étant considérée comme le droit lui-même, nous y reviendrons, par l'usage de certaines catégories normatives (non prévues, en l'occurrence, par le droit constitutionnel formel positif français) comme les « coutumes constitutionnelles » ou « conventions de la Constitution » ou encore « droit constitutionnel non-écrit ». Cette dernière tendance peut être qualifiée de tendance normative vis-à-vis de la pratique, qui se rapproche de la thèse de la fusion, en substance, même si elle s'en éloigne faute de prémices théoriques explicites.

Quelle que soient les tendances retenues, y compris avec la thèse de la fusion, il n'en reste pas moins vrai que toutes les pratiques ne soulèvent pas les mêmes difficultés vis-à-vis des énoncés dispositionnels. Il peut en effet exister trois catégories de pratiques :

- des *pratiques confirmatives* (1), qui respectent les normes constitutionnelles ;
- des *pratiques supplétives* (2), qui précisent ce qui n'est pas explicitement déterminé par le texte ;
- des *pratiques contraires* (3), qui s'éloignent de la signification du texte, ce qui suppose que cette signification soit objectivement déterminable *a priori*.

Avec la thèse de la séparation, (1) et (2) constituent des pratiques régulières, (3) une pratique irrégulière ; avec celle de la fusion, (1), (2) et (3) sont des pratiques régulières. Avec la thèse de la confusion, tout est plus complexe en raison de l'indétermination de l'ontologie, c'est-à-dire de ce qui est ou n'est pas le « droit », et de ce qui est ou n'est pas la « pratique ». Il peut être considéré que ne sera du droit que ce qui a fait l'objet de pratiques confirmatives (1), la pratique venant alors valider l'existence même du droit ou d'ailleurs, par voie de conséquence, l'invalidier, lorsqu'elle est contraire à celui-ci. Une pratique contraire (3) pourrait alors se substituer à la règle juridique, précisément par que celle-ci a été écartée par celle-là.

La lecture des manuels de droit constitutionnel sélectionnés témoigne, malgré parfois des adhésions de principes à d'autres thèses, une tendance majoritaire à la confusion entre le droit et la pratique. Le diagnostic conduit ainsi à constater que le discours doctrinal propose *une lecture praxéologique du droit constitutionnel* oscillant de l'intégration à la substitution de la pratique au texte pour déterminer les normes de droit constitutionnel positif (§ I). Au-delà des difficultés d'ordre théorique et épistémologique, il convient d'identifier ce que révèle, en creux, cette attitude quant à la manière dont est perçu le droit constitutionnel lui-même, à savoir *une appréhension pragmatique de la discipline constitutionnelle* (§ II).

I – Le constat : une lecture praxéologique du droit constitutionnel

La lecture praxéologique développée dans les manuels apparaît largement comme étant spontanée. Les manuels de droit constitutionnel accordent une place limitée à l'étude de la question spécifique des pratiques de la Constitution en elles-mêmes. L'expression figure rarement en tant qu'entrée dans les index thématiques et les développements qui sont spécifiquement dédiés à la question

demeurent rares. Cette absence de réflexion théorique ne signifie pas que les pratiques constitutionnelles sont totalement étrangères au discours doctrinal ; simplement, elles ne sont pas un objet autonome de réflexion théorique ; elles apparaissent davantage de manière incidente, à l'occasion de l'étude d'institutions, de procédures, de normes, de sources du droit.

Trois manuels se distinguent toutefois par un traitement plus explicite de cette question, en raison notamment du positionnement théorique affirmé qu'ils adoptent à l'égard de l'objet et de la discipline droit constitutionnel. Le manuel droit constitutionnel de P. Brunet, L. Hamon et M. Troper, défendant une approche réaliste du droit, contient des développements sur « les types de faits producteurs de droit »¹⁰, rappelant la loi de Hume tout en convenant qu'il existe des « pratiques répétées qui ne sont pas prévues par la Constitution et qui sont ressenties comme obligatoires ». Celui de M.A. Cohendet, qui repose sur une approche normativiste, consacre, dans un chapitre intitulé « Une constitution largement ineffective », des développements aux écarts entre les textes et les faits ; constatant de nombreuses violations de la Constitution, elle analyse successivement « les points de vue des hommes politiques » pour proposer ensuite « les analyses juridiques de ces écarts »¹¹. Enfin, le manuel de B. Daugeron, qui repose sur une approche relevant davantage du droit politique, aborde, avec des précautions de ponctuation révélatrices, le « non-respect » de la Constitution, expliquant qu'« il n'est guère aisé de déterminer ce que peuvent être les « violations » de la Constitution »¹².

En pratique, la lecture praxéologique du droit constitutionnel développée dans les manuels se caractérise par deux tendances. La première conduit à confondre les pratiques et les normes constitutionnelles, la pratique étant *intégrée* en tant qu'objet d'étude pour poser les normes constitutionnelles (A) ; la seconde justifie l'existence de pratiques contraires à la Constitution, de sorte que la pratique vient alors se *substituer* à la norme constitutionnelle (B).

A- Intégrer : la détermination des normes à partir des pratiques

Soulignant que les Constitutions ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil, qu'elles sont des outils vivants, des instruments entre les mains des acteurs politiques *etc...*¹³, dénonçant souvent, plus ou moins abruptement, la sécheresse voire la vacuité d'une analyse purement théorique - implicitement normativiste - des dispositions constitutionnelles, la plupart des manuels se réfèrent aux pratiques de la Constitution, sous diverses appellations telles que « applications », « faits » ou encore « usages ». Leur lecture montre que les prescriptions posées par les normes constitutionnelles en vigueur - ce qui est permis, interdit, rendu obligatoire par le droit constitutionnel - sont déterminées à la fois ou de manière différenciée par les dispositions textuelles de la Constitution, d'une part, et les pratiques des destinataires de ces normes, d'autre part. Ainsi, dans de nombreux manuels, l'étude des dispositions constitutionnelles en vigueur ne se limite pas à l'analyse de leur contenu textuel. Leur portée est fréquemment déterminée, précisée, voire transformée par la prise en compte des pratiques institutionnelles.

Cette lecture peut être mise à l'épreuve, en particulier, à propos de plusieurs dispositions constitutionnelles : l'article 5 sur le rôle d'arbitrage confié au président de la République, l'article 8 sur la possibilité de révoquer le premier Ministre, l'article 11 sur le recours au referendum pour réviser la Constitution, l'article 20 indiquant que le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation, l'article 27 précisant que le vote des parlementaires est personnel, l'article 49.1 sur

¹⁰ P. Brunet, L. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel, préc.*, p. 70. S'inscrivant dans une perspective réaliste, les auteurs expliquent que les pratiques sont, au mieux, conditionnées par des « contraintes constitutionnelles » et nullement par les énoncés constitutionnels.

¹¹ M-A Cohendet, *Droit constitutionnel, préc.*, p. 457 et s.

¹² B. Daugeron, *Droit constitutionnel, préc.*, p. 67.

¹³ Voir par exemple P. Ardant, B. Mathieu, *Droit constitutionnel et institutions politiques, préc.*, p. 81 et s.

l'engagement de la responsabilité politique du Gouvernement, etc... Dans ces différentes situations, la tendance ne consiste pas à considérer que les normes sont dans les textes, mais à soutenir qu'elles résultent d'une combinaison entre celui-ci et la pratique et même, pour les tenants de la théorie réaliste de l'interprétation nanterroise, qu'elles résident uniquement de leur application par les acteurs politiques.

Cette thèse peut être rattachée à la thèse de la fusion ou à celle de la confusion et sous celle-ci à la tendance normative accordée à la pratique. Elle considère que les pratiques suivies par les acteurs politiques peuvent soit permettre d'interpréter les normes constitutionnelles, soit permettre de créer des normes constitutionnelles.

Première hypothèse, la pratique permet de trancher l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont on dit qu'elle est incertaine ou ambiguë : il en va typiquement ainsi du terme « arbitrage » figurant à l'article 5 de la Constitution ou encore du présent de l'indicatif retenu par l'article 49 § 1 du même texte.

Seconde hypothèse, la pratique permet de faire naître une norme juridique nouvelle qui peut notamment conduire à modifier voire abroger des dispositions constitutionnelles existantes : ainsi pourra-t-on soutenir que la pratique du recours à l'article 11 de la Constitution pour réviser la Constitution permet de la considérer comme une autre modalité de révision au côté de l'article 89 de la Constitution ou encore se contenter de constater que la pratique du vote électronique à l'Assemblée nationale pendant longtemps et au Sénat encore aujourd'hui anéantit le principe posé par l'article 27 de la Constitution. À l'évidence, cette lecture trouve un résonance particulière chez les tenants de la théorie réaliste de l'interprétation, pour lesquels les pratiques, en ce qu'elles découlent préalablement d'une interprétation des dispositions constitutionnelles et dès lors qu'elles sont réalisées par des interprètes authentiques de la Constitution, créent les normes constitutionnelles¹⁴.

Cette lecture praxéologique n'est pas sans conséquence sur la conception formelle de la notion de Constitution, dont on vante d'ailleurs volontiers la souplesse, la malléabilité, la plasticité, et sur la notion de révision constitutionnelle, rendant acceptables les changements informels de Constitution.

La place occupée par les pratiques dans la détermination du sens des prescriptions constitutionnelles conduit à une forme de *schizophrénie constitutionnelle* : il n'existe pas une mais deux Constitutions, celle des dispositions constitutionnelles et celle des pratiques constitutionnelles. Cette dualité se manifeste de plusieurs manières. Certains manuels défendent, par exemple, au nom d'un principe de réalité, l'existence d'une « Constitution réelle, matérielle » qui s'ajoute et se détache de la « Constitution formelle »¹⁵. Pour d'autres, il convient de distinguer entre une « Constitution politique » et une « Constitution juridique »¹⁶ ou encore entre la signification juridique et la signification politique d'une disposition constitutionnelle¹⁷. Pour d'autres encore, il convient de

¹⁴ P. Brunet, L. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel, préc.*, p. 76 « La norme constitutionnelle n'est pas le texte écrit de la Constitution, mais ce texte tel qu'il est interprété par toutes les autorités qui en sont les interprètes authentiques. Ceux-ci n'appliquent pas réellement des normes constitutionnelles. Ils ne sont pas tenus par elles. Ils les créent ».

¹⁵ P. Ardant, B. Mathieu, *Droit constitutionnel et institutions politiques, préc.*, p. 80 : « ces réflexions sur la pratique constitutionnelle ramènent à l'idée que l'usage fait apparaître progressivement une Constitution réelle, matérielle (cad comprenant des règles qui ne se trouvent pas la Constitution écrite) qui se détache insensiblement de la Constitution écrite formelle originaire. Il y a dans tous les pays, sous tous les régimes, un décalage, fruit d'usages et de pratiques, entre la Constitution officielle et la mise en œuvre quotidienne, concrète de cette même Constitution ».

¹⁶ B. Dauger, *Droit constitutionnel, préc.*, p. 73.

¹⁷ V. Constantinesco, S. Pierre Caps, *Droit constitutionnel, préc.*, p. 355 : si en droit le président ne peut pas révoquer le premier Ministre, « tout autre est la signification politique de cette disposition, selon laquelle le chef de l'Etat peut demander au PM de lui remettre à tout moment sa démission ».

distinguer entre une « Constitution complète », intégrant les pratiques et conventions, et une « Constitution incomplète »¹⁸. Autant de façons d'intégrer, en réalité, des pratiques, à savoir des faits, dans le concept même de Constitution, sans que le glissement conceptuel qui en résulte ne soit, d'ailleurs, toujours assumé.

Cette lecture praxéologique affecte également la notion de la révision de la Constitution. De nombreux manuels se contentent d'affirmer, souvent sans guère de justifications, que la pratique peut modifier la Constitution¹⁹. Sous cet angle, certaines positions peuvent même paraître contradictoires, comme celle qui consiste à affirmer que les pratiques sont des questions de pur fait, qui peuvent être contraires ou conformes à la Constitution²⁰, tout en analysant les dispositions constitutionnelles à partir des pratiques et en reconnaissant que les pratiques peuvent parfaitement modifier la Constitution²¹. Affrontant plus directement la question théorique, certains manuels relient la question des pratiques à celle du changement informel de la Constitution, qui renvoie à des révisions de la constitution qui se dérouleraient en dehors de la procédure spécifiquement prévue à cet effet. Selon cette analyse, les changements informels de la Constitution seraient dus soit à la pratique des acteurs politiques, soit à l'activité juridictionnelle²² : si le texte n'a pas changé, le sens donné aux énoncés constitutionnels aurait changé en raison des pratiques. Plus encore, ces pratiques peuvent même être interprétées comme une manifestation du pouvoir de révision constitutionnelle voire du pouvoir constituant, notamment chez ceux qui considèrent que les pratiques donnent naissance à des coutumes constitutionnelles, y compris *contra legem*²³.

B- Substituer : la justification des pratiques contraires aux normes

Autre tendance identifiable dans les manuels, celle qui consiste à justifier les pratiques contraires aux normes constitutionnelles, ce qui suppose de considérer qu'il peut exister, tout au moins dans certains cas, des pratiques anticonstitutionnelles. Topique est l'exemple de l'article 20 de la Constitution selon lequel le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation, la totalité des manuels s'accordant à reconnaître que, dans la pratique, hors hypothèse de cohabitation, c'est le Président de la République qui détermine et conduit la politique de la Nation. Deux attitudes doctrinales sont alors envisageables et, le plus souvent, cumulables afin de mieux neutraliser l'inconstitutionnalité relevée : privilégier une démarche causale visant à expliquer l'émergence et la

¹⁸ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques, préc.*, p. 244-245 : « Il suit de là que la Constitution est aussi façonnée par ceux qui ont en charge de l'appliquer, à la manière de l'orchestration d'une œuvre musicale. En ressort donc une équation : conventions constitutionnelles plus droit constitutionnel égalent la Constitution complète du pays ».

¹⁹ Voir par exemple D. Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain, préc.*, p. 99 expliquant que « les Constitutions ne peuvent pas tout prévoir » et que « par nécessité, les Constitutions évoluent au fil des années sous l'inflexion des pratiques politiques ».

²⁰ P. Ardant, B. Mathieu, *Droit constitutionnel et institutions politiques, préc.*, p. 80, relevant que « l'existence de pratiques est une simple constatation, laissant de côté la question de leur conformité à la Constitution. Elles la respecteront comme elle peuvent parfois la violer ».

²¹ *Idem*, p. 81 : « Il y a une usure normale des Constitutions (...) Des ajustements se font avec le temps, sans qu'intervienne une révision constitutionnelle ou que celle-ci viendra entériner un jour. Les pratiques jouent alors un rôle utile ».

²² B. Daugeron, *Droit constitutionnel, préc.*, p. 55 : relevant que l'expression « désigne en réalité non pas la possibilité mais le constat que le Constitution se modifie indépendamment de toute procédure formelle, uniquement par l'interprétation qu'en donnent ceux qui sont la compétence pour en déterminer le sens, soit en agissant, soit en jugeant ». Admettant qu'il y a là un mystère (p. 56 : « un texte juridique peut-il se transformer en parallèle des procédures formelles prévues ? et si oui, par quels mécanismes ? Ce mystère n'en est pas un. En réalité, c'est le sens donné aux énoncés constitutionnels par ses interprètes qui varient (sic) et non le texte lui-même qui change »).

²³ O. Gohin, *Droit constitutionnel, préc.*, p. 136 : « pour autant il doit être tenu pour acquis que la coutume transforme un fait en droit et que la coutume, dans la matière de la Constitution, transforme par conséquence un fait constitutionnel en droit constitutionnel. A la vérité, la coutume décrit à la fois un processus et un résultat : c'est sous l'effet de la coutume qu'une pratique politique devient une norme constitutionnelle, qui peut être dénommée constitutionnelle, mais aussi, plus précisément, constituante, ci-après, et ce sans aucun inconvénient, en tant qu'en ce cas, le pouvoir constitutionnel s'exerce nécessairement de façon inconditionnée, en dehors des conditions de la révision du texte écrit de la Constitution, et qu'il est donc bien un pouvoir constituant, car inconditionné ».

persistance de ces pratiques contraires à la Constitution ; donner un fondement à ces pratiques, en leur confèrent le statut de normes juridiques ou extra-juridiques.

La première tendance de la doctrine des manuels consiste à expliquer, pour mieux les justifier, les pratiques inconstitutionnelles. Les pratiques qui sont contraires aux prescriptions constitutionnelles ne seraient, en réalité, que la conséquence des caractéristiques propres de la norme constitutionnelle elle-même. Deux éléments sont principalement mobilisés pour expliquer cette situation : l'indétermination du sens des dispositions constitutionnelles et l'insuffisance des mécanismes de sanction de leur violation. Sous le premier angle, la doctrine insiste sur l'indétermination du texte de la Constitution, soulignant tantôt l'ambiguïté ou l'obscurité des dispositions constitutionnelles²⁴, tantôt l'ancienneté des dispositions constitutionnelles²⁵, proposant parfois même de recourir à « l'esprit de la Constitution » comme un méta principe permettant d'en guider l'interprétation. Cette démarche vise, en réalité, à dissoudre l'inconstitutionnalité des pratiques dans l'indétermination du texte constitutionnel : ces dernières deviennent de simples possibilités ouvertes par le texte constitutionnel. Elle conduit à des détournements sémantiques voire des acrobaties interprétatives, typiquement à propos du terme arbitrage utilisé par l'article 5 de la Constitution, dont on dit qu'il peut être compris dans son sens faible ou son sens fort, ce dernier renvoyant à un arbitre pleinement engagé sur le terrain au milieu des joueurs²⁶. À l'évidence, la question de l'interprétation des dispositions constitutionnelles est décuplée chez les tenants de la théorie réaliste de l'interprétation qui considèrent que les autorités qui appliquent les dispositions constitutionnelles et en sont les interprètes authentiques créent les normes constitutionnelles²⁷. L'on comprend d'ailleurs assez peu l'attention que ces derniers portent à l'analyse sémantique, systémique et parfois même génétique de certaines dispositions constitutionnelles, dès lors que ces dernières n'ont aucun sens, si ce n'est comme une ressource argumentative pour les interprètes, authentiques mais aussi non authentiques dont la doctrine fait partie.

Une autre explication fréquemment avancée tient à l'absence de sanction attachée à la méconnaissance des prescriptions constitutionnelles. Les pratiques irrégulières trouveraient alors leur explication dans l'insuffisance des mécanismes destinés à assurer son respect. Cette sanction peut d'abord être envisagée sous l'angle juridictionnel. Les manuels soulignent ainsi l'absence de contrôle susceptible d'empêcher certains comportements institutionnels, tels que le refus du Président de la République de signer les ordonnances délibérées en Conseil des ministres ou de convoquer le Parlement en session extraordinaire. Ils relèvent également que le Conseil constitutionnel a refusé de contrôler certaines pratiques, comme le recours à l'article 11 de la Constitution pour la réviser²⁸ ou le caractère personnel du vote parlementaire²⁹. Les pratiques inconstitutionnelles seraient ainsi cautionnées par l'inexistence ou l'insuffisance du contrôle juridictionnel. Ce qui n'est pas sanctionné, alors même qu'irrégulier, est permis. Plus rarement, la sanction évoquée est la sanction politique, et non pas celle juridictionnelle : dans cette hypothèse, les pratiques sont justifiées par le fait qu'elles sont acceptées par les acteurs du jeu politique, et deviennent alors tolérables. Dans les deux hypothèses, la difficulté demeure identique : la

²⁴ Sur l'idée que la Constitution contiendrait naturellement des dispositions « indéterminées », « vagues », « ambiguës », voir par exemple P. Brunet, L. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel, préc.*, p. 72 ou D. Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain, préc.*, p. 99.

²⁵ P. Brunet, L. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel, préc.*, p. 72.

²⁶ V. Constantinesco, S. Pierre Caps, *Droit constitutionnel, préc.*, p. 355.

²⁷ P. Brunet, L. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel, préc.*, p. 76 : « La norme constitutionnelle n'est pas le texte écrit de la Constitution, mais ce texte tel qu'il est interprété par toutes les autorités qui en sont les interprètes authentiques. Ceux-ci n'appliquent pas réellement des normes constitutionnelles. Ils ne sont pas tenus par elles. Ils les créent ».

²⁸ D. Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain, préc.*, t. 2, p. 91 : « en matière constitutionnelle, dans la mesure où le Conseil constitutionnel n'adopte pas d'interprétation contraire ou, plus simplement, se déclare incompétent, le président de la République dispose d'un monopole. Ainsi, c'est l'interprétation gaullienne qui a prévalu quant au recours à l'article 11 pour réviser la Constitution (...) au lieu de la voie normale de l'article 89 de la Constitution. Il en va de même pour son refus de convoquer le Parlement en session extraordinaire en mars 1960.

²⁹ Idem, p. 212 et 214 sur le droit de vote personnel posé par l'article 27 C.

description de la pratique tend progressivement à se substituer à sa qualification juridique. La question n'est plus alors de déterminer si un comportement est conforme à la Constitution mais de rechercher les conditions politiques, institutionnelles ou interprétatives qui permettent d'expliquer son existence.

La seconde tendance doctrinale consiste non plus à expliquer l'existence de pratiques contraires aux prescriptions constitutionnelles, mais à les régulariser. Il n'est plus nécessaire de considérer ces pratiques comme de simples comportements irréguliers dont il conviendrait de rechercher les causes ; il convient de leur attribuer une forme de normativité, qu'elle soit juridique, politique, sociale ou même morale. Cette opération de « normativisation » peut emprunter trois voies différentes.

La pratique peut tout d'abord être transformée en norme juridique par sa qualification de coutume constitutionnelle. Nombreux sont les manuels qui reconnaissent l'existence de coutumes constitutionnelles fondées sur les pratiques³⁰, insistant sur l'existence de coutumes dans d'autres branches du droit et en transposant les critères (un élément matériel / un élément subjectif) au droit constitutionnel³¹. S'ils s'accordent, sauf exception, pour reconnaître l'existence de coutumes *praeter legem*³², parfois appelées supplétives ou confirmatives, les positions sont plus nuancées s'agissant des coutumes *contra legem*. Plusieurs auteurs soulignent que ce type de coutumes conduirait à pouvoir réviser la Constitution en dehors des procédures spécifiquement prévues à cet effet pour réfuter leur existence³³ ; d'autres admettent parfaitement l'existence de pratiques et donc de coutumes *contra constitutionnelles*, qui seraient même l'expression du pouvoir constituant lui-même et participeraient à la définition de la Constitution formelle³⁴. La question est donc profondément déplacée : la pratique inconstitutionnelle n'est plus appréhendée comme un comportement irrégulier mais comme un mode de production normative autonome.

Autre possibilité, considérer que les pratiques, même inconstitutionnelles, constituent des « conventions constitutionnelles » qui ne sont pas des normes juridiques mais des normes que l'on pourrait qualifier de politiques, en ce qu'elles sont imposées par les acteurs politiques. Empruntée à la doctrine constitutionnelle anglaise, cette notion de convention constitutionnelle a été diffusée en France par P. Avril et réceptionnée par la plupart des manuels³⁵. Définies comme étant « des règles non écrites portant sur la manière dont les pouvoirs juridiques attribués par la Constitution doivent être exercés, conformément aux principes et conviction politiques actuellement reconnus », elles renvoient par exemple à la responsabilité non écrite du premier Ministre devant le Président de la République, qui découle de plusieurs précédents et d'un sentiment d'obligation évoqué par plusieurs premiers ministres. Cette pratique, contraire au texte de la Constitution, s'impose comme une norme politique intériorisée et partagée par les différents acteurs politiques.

Troisième possibilité, soutenir que ces pratiques constituent des « contraintes constitutionnelles »³⁶. Cette expression est assez contre-intuitive car, loin de renvoyer à des contraintes liées aux prescriptions du texte constitutionnel, elle renvoie, au contraire, à des contraintes extra

³⁰ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, préc., p. 243 : « la pratique est à l'origine de la coutume qui résulte de précédents concordants auxquels les pouvoirs publics acquiescent ou se soumettent et leur confèrent une valeur juridique ».

³¹ A l'inverse, P. Brunet, L. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, préc., p. 68.

³² D. Chagnollaude, *Droit constitutionnel contemporain*, préc., t. 1, p. 100.

³³ Voir par exemple M.-A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, préc., p. 78 – D. Chagnollaude, *Droit constitutionnel contemporain*, préc., t. 1, p. 99-100 qui admet les coutumes supplétives ou interprétatives mais refuse les coutumes *contra legem*.

³⁴ Voir tout particulièrement O. Gohin, *Droit constitutionnel*, préc., p. 137, 139 et 141 : « méconnaître la coutume, ce n'est pas méconnaître une pratique ou changer de pratique, comme on le fait d'une convention, de nature politique. Parce que la coutume est une pratique considérée comme étant de droit et parce que, dès lors, elle est de droit, violer la coutume, c'est violer la règle de droit », ce qui lui permet d'intégrer la coutume dans la notion de Constitution formelle (p. 133).

³⁵ Le concept de convention de la Constitution est réfuté par exemple par B. Dauger, *Droit constitutionnel*, préc., p. 7 1et s..

³⁶ En ce sens, voir P. Brunet, L. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, préc., p. 70.

constitutionnelles ou, plus exactement extra juridiques. En ce sens, l'on peut toujours soutenir que les pratiques inconstitutionnelles sont liées à un ensemble de contraintes, qu'elles soient politiques (le premier Ministre se sent politiquement obligé de démissionner vis-à-vis du président), sociales (le premier Ministre craint d'être critiqué s'il ne démissionne pas à la demande du président), voire morales (le premier Ministre fait toujours ce qu'on lui demande). Si ces éléments peuvent expliquer les comportements des acteurs politiques, il ne s'agit que de facteurs extra-juridiques, conduisant à la dilution totale du droit constitutionnel dans les pratiques, c'est-à-dire dans les faits.

Dans ces différentes approches, les pratiques participent à la détermination même du droit constitutionnel. Sur le plan théorique, la difficulté tient moins à l'existence de ces pratiques, même inconstitutionnelles, qu'au statut qui leur est reconnu dans la détermination de l'objet de la discipline. Elle révèle, indirectement, une certaine vision du droit constitutionnel, caractérisée par son pragmatisme.

II – La révélation : une appréhension pragmatique de la discipline constitutionnelle

Il n'est nul besoin de discuter de ce qu'un cadre théorique et épistémologique préalable, précis et cohérent, quel qu'il soit, permet de développer un discours pertinent vis-à-vis du droit et de la pratique du droit. Mais, même à défaut d'un tel cadre, les discours doctrinaux n'en révèlent pas moins une certaine conception à la fois de l'objet même que constitue le droit constitutionnel et de la discipline qui l'étudie. En définitive, c'est bien une ontologie et une épistémologie implicites que révèlent de manière pragmatique ces discours et qu'il nous revient ici de mettre en lumière. Le droit constitutionnel en tant qu'objet apparaît ainsi comme un « droit politique » (A) et la discipline qui a pour objet de le décrire, pour autant que l'objectif de description est poursuivi, propose une description du politique (B).

A – L'objet : un droit politique

La spécificité de l'étude du droit constitutionnel serait la conséquence directe de la spécificité d'un objet d'étude. Le droit constitutionnel est un droit politique en ce qu'il a pour objet d'encadrer l'exercice du pouvoir. Le droit constitutionnel est le droit qui limite l'exercice du pouvoir et qui entretient avec celui-ci un rapport de force qui peut se révéler, dans les temps les plus troubles mais pas seulement, à l'avantage de ce dernier. Si la politique est saisie *par le droit*, la politique s'exerce parfois *contre le droit*. Il existe ainsi un rapport de force consubstantiel et inhérent au droit constitutionnel, en raison de son objet, qui, lorsqu'il se fait au détriment du droit et en faveur du politique, contribue à dévaloriser le premier au profit du second. Le droit constitutionnel serait ainsi un droit fragile en raison de ce rapport de force particulier.

Il le serait encore du degré d'indétermination du langage qu'il mobilise en général. Parce que le droit constitutionnel est un droit politique, il ne mobilise pas toujours des règles précises et offre en définitive, par l'imprécision du langage mobilisé, de larges possibilités de concrétisation des contraintes qu'il pose, toutes d'ailleurs valables au regard des énoncés constitutionnels formels. Lorsque que la Constitution établit que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent », elle ne fait que reconnaître un droit, le droit de grève, et habiliter le législateur à le réglementer, sans faire peser d'autre contrainte sur le législateur que de reconnaître un « droit de grève ». *A priori*, la norme constitutionnelle n'exige qu'une reconnaissance de ce droit et laisse libre le législateur d'en déterminer librement les modalités d'exercice. Cette *indétermination relative*, car quel que soit le degré d'indétermination il existe toujours une signification objective de l'énoncé prescriptif³⁷, indiscutable, se transforme parfois en un *nihilisme significationnel* des énoncés

³⁷ Voir sur cette question : « Méthodes d'interprétation et connaissance objective du droit », à paraître, *Les Cahiers Portalis*, 2026.

constitutionnels, n'importe quel énoncé pouvant recevoir n'importe quelle signification. Comment peut-on soutenir qu'un arbitre puisse participer (directement) au jeu qu'il est censé arbitrer, voire qu'il puisse adopter les comportements des joueurs en application des règles qu'il est censé faire respecter ? Les arbitres de football, pour ne prendre qu'un sport dominant du global north, ne marquent qu'exceptionnellement des buts, en tout état de cause, de manière purement accidentelle.

Le droit constitutionnel serait encore d'autant plus fragile que les mécanismes de sanction du respect de ce droit demeurent relativement faibles. Certes, le droit constitutionnel dispose d'un juge, mais il existe encore nombre de domaines qui ne font pas l'objet d'aucun contrôle juridictionnel, qu'il s'agisse des lois référendaires ou constitutionnelles, des conflits entre organes, des recours en carence, du pouvoir d'injonction, des actes de gouvernement... De plus, l'incertitude dans la mise en œuvre comme la relative faiblesse des modalités de sanction des mécanismes de responsabilités politique et pénale des élus ne fait que renforcer cette insuffisance. Le droit constitutionnel apparaît toujours comme un droit dont les mécanismes de sanction demeurent encore aujourd'hui, et pas seulement en France, insuffisamment perfectionnés.

Cette faiblesse de la sanction emporte des conséquences sur l'efficacité même des normes constitutionnelles. En l'absence de sanction efficace, le droit constitutionnel serait à la merci de l'acceptation « volontaire et subjective » de se soumettre de tous ceux qui y sont potentiellement contraints. Le droit constitutionnel ne peut être totalement efficace du fait de mécanismes de sanction imparfaits ; il le devient du fait du consentement à se soumettre de ceux qui y sont obligés, à une servitude volontaire du pouvoir. De là, encore, une fragilité de ce droit dépendant de la volonté de ceux qui doivent pourtant le respecter.

La pratique contemporaine du pouvoir de Donald Trump témoigne avec une acuité particulière de que le droit peut être facilement mis à mal dans un système politique pourtant historiquement solidement ancré dans le respect du droit par une volonté politique claire de se détourner de ce respect.

De plus, le pouvoir, entendu comme la capacité d'agir unilatéralement sur le sort d'autrui, lorsqu'il est attribué dans un régime démocratique grâce à l'élection, bénéficie une légitimité qui en autorise l'exercice contre le droit. Tel est sans doute le cœur de la difficulté de l'exercice du pouvoir hors du droit : il peut se prévaloir d'une légitimité démocratique pour le faire. La politique peut s'exercer contre le droit en pouvant se revendiquer d'une origine démocratique. La controverse autour de l'usage de l'article 11 de la Constitution du 4 octobre 1958 pour pouvoir valablement réviser la Constitution en est une illustration significative. Si, juridiquement, seul l'article 89 de la Constitution peut être régulièrement utilisé pour réviser cette dernière, la procédure de l'article 11 peut seulement se prévaloir de sa légitimité démocratique, elle permet de contourner l'obstacle parlementaire de l'article 89 et de donner le dernier mot au peuple. La légitimité démocratique autorise la violation du droit³⁸.

B – Le discours : la description du politique

Sous l'angle non plus du droit constitutionnel mais du discours portant sur le droit constitutionnel, la doctrine constitutionnelle déploie un discours qui vise davantage à la description du politique et donc à la description des régimes politiques que du droit constitutionnel formel positif. L'on pourrait ici distinguer ce qu'il est possible de qualifier de « régime constitutionnel », identifiable à partir des normes constitutionnelles en vigueur, et de « régime politique », qui regroupe la

³⁸ Voir sur cette question de justification des violations du droit, § I. Discours sur la régularisation constitutionnelle qu'a apporté la réponse au referendum de 1962.

description des normes constitutionnelles et des pratiques institutionnelles³⁹. Dans l'étude des régimes politiques, l'étude des normes constitutionnelles n'est ni première, ni centrale ; elle ne constitue qu'un élément mobilisable dans l'étude des régimes politiques à côté des pratiques institutionnelles. Le politique est central. Il s'agit de l'étudier au regard des normes juridiques qui s'imposent à lui et de la manière dont il exerce en pratique le pouvoir. L'on pourrait voir dans ce caractère central du politique le reflet si ce n'est d'une certaine complaisance ou, du moins, une certaine fascination de la doctrine constitutionnelle vis-à-vis du pouvoir, une adhésion implicite au principe du décisionnisme qui fait que c'est celui qui décide, le souverain⁴⁰, celui qui, de fait, parvient à imposer ses propres décisions qui l'emporte, quelles que soient les règles qui s'imposent à lui. Ce qui importe, c'est que le souverain décide, par la force de ses décisions. Sous cet angle, la doctrine constitutionnelle, dans la droite ligne d'une certaine vision des jurisconsultes romains⁴¹, apparaît comme étant du côté du pouvoir, légitimant celui-ci en faisant triompher la force sur le droit, quels que soient les fondements de cette légitimation (valeur démocratique, valeur libérale, pragmatisme...⁴²).

Cette tendance à l'étude du régime politique renvoie à une dimension disciplinaire qui, historiquement en France, a fait que l'étude des régimes politiques s'est répartie, à partir de la seconde partie du XX^{ème} siècle, entre la science du droit, s'intéressant aux normes juridiques, et la science politique qui a pour objet les pratiques des acteurs politiques⁴³. Cette séparation, justifiée par une ontologie et une épistémologie différentes de ces deux disciplines, n'a pas pour autant empêché les juristes de maintenir leur regard sur des faits politiques, tout en mobilisant des outils méthodologiques faibles ou pour le moins insuffisants pour s'en saisir⁴⁴. Tout au plus, mais nous ouvrons là la voie à une discussion âpre, la science du droit s'est-elle saisie, dans ce que l'on a appelé le tournant jurisprudentiel de l'étude du droit constitutionnel, de manière empirique de nouveaux faits politiques, à savoir le discours des juridictions constitutionnelles portant sur la concrétisation des dispositions constitutionnelles à des cas concrets. La prétention à la juridicisation de la matière par l'intervention d'un juge constitutionnel ne saurait en effet masquer qu'il s'agit là de saisir la *pratique du droit constitutionnel* et non pas le *droit constitutionnel lui-même* à partir d'un nouvel acteur du jeu politique, à savoir le juge constitutionnel. Sous cet angle, pour ne pas trop heurter ceux qu'une telle analyse pourrait choquer, s'il est incontestable que le dispositif d'une décision du juge constitutionnel s'impose, en vertu de l'article 62 de la Constitution⁴⁵, les motifs, et donc la motivation de la décision ne sauraient constituer qu'un fait. La Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un quelconque pouvoir de poser des normes constitutionnelles formelles dans la motivation de ses décisions. La motivation n'est qu'une pratique juridictionnelle justifiant la décision du juge constitutionnel de déclarer conforme, contraire ou conforme sous réserve à la Constitution la loi qu'il a pour objet de contrôler. Autrement dit, même sous de nouvelles formes, censées juridiciser la discipline, celle-ci ne s'est jamais départie, y compris de manière masquée, de la pratique des acteurs politiques.

D'un point de vue épistémologique, plusieurs éléments peuvent justifier le choix de l'étude des régimes politiques et donc de l'intégration de l'étude des pratiques.

³⁹ Voir ce que dit Duverger et M-A Cohendet, *Droit constitutionnel, préc.*, LGDJ, 6^e éd., 2024, p. 416 et s.

⁴⁰ Voir : C. Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, 1934, traduction de M. Koller, PUF, 1995, pp. 81-83.

⁴¹ Voir sur ce point : J.-P. Coriat, « Jurisconsultes romains », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. Alland et S. Rials, Lamy-PUF, 2003.

⁴² Voir infra, § II.

⁴³ Voir les développements consacrés à cette question dans le précis Dalloz aixois de *Droit constitutionnel*, §§ 24 et s.

⁴⁴ Pas d'enquête, pas d'études véritablement empirique, pas d'étude de terrain...

⁴⁵ « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application » et « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

Déjà, sans qu'il ne faille développer cette question déjà largement discutée, la prise en compte de la pratique peut être le résultat d'un choix théorique dans la conception que l'on retient de l'objet droit⁴⁶. Que ce soit sous l'angle du réalisme nanterrois ou du droit politique assasien, la pratique du droit apparaît précisément comme étant le droit, que ce soit, pour ne s'en tenir qu'à une brève synthèse, par le biais des interprétations authentiques de la Constitution, pour le premier courant, ou par celui d'un droit non écrit, plus au moins indépendant du droit écrit, produit par les destinataires du droit constitutionnel, pour le second.

Cette lecture n'est pas cependant pas dénuée d'ambiguïtés dans la mesure où la pratique n'est pas toujours assumée en tant que telle comme permettant d'établir la signification de normes. Elle est parfois transformée directement en norme par la reconnaissance de « coutumes constitutionnelles », de « droit constitutionnel non-écrit » ou de « conventions de la Constitution ». La pratique ne participe pas de manière autonome à la construction des normes constitutionnelles, elle devient elle-même norme, par un mécanisme de production normative coutumier qui repose sur les pratiques des destinataires et leur conviction d'obéir à une règle de droit (même si, nous y reviendrons, un tel mode de production de normes constitutionnelles n'est pas consacré par la Constitution de la V^{ème} République). Ces normes issues de la pratique peuvent être considérées comme des normes non juridiques, car non prévues par le système, voire comme des normes juridiques, malgré les prescriptions contraires du système.

L'intégration des pratiques dans l'étude du droit constitutionnel s'explique peut-être encore de manière pragmatique, par la relative facilité d'accès exhaustif et empirique aux pratiques des différents destinataires du droit constitutionnel, des différents acteurs politiques institutionnels. Il est ainsi plus facile de saisir la pratique du pouvoir par le Chef de l'État, y compris plusieurs chefs de l'État qui se sont succédé au cours d'un même régime, que de connaître celle de tous ceux qui contractent un mariage. Les données des pratiques des acteurs politiques sont plus facilement objectivisables, identifiables et mobilisables que celles des citoyens. Les premiers sont évidemment moins nombreux que les seconds et leurs comportements plus facilement identifiables et systématisables. Alors qu'il est plus facile d'en avoir connaissance, il est plus aisé de les mobiliser dans l'étude du droit constitutionnel.

L'on peut identifier une exigence de décrire la *réalité* du droit constitutionnel, ce qui oblige, non sans une certaine contradiction, à étudier non plus seulement le droit constitutionnel lui-même (ce qui *doit être*), mais à intégrer la manière dont il est appliqué (ce qui *est*)⁴⁷ ; alors pourtant, que le droit relève précisément du *devoir être* et non pas de l'*être*⁴⁸. Soutenir, qu'en France, conformément à l'article 20 de la Constitution, « le gouvernement détermine (...) la politique de la nation », ne constituerait qu'une description au moins partielle de la réalité du régime dans la mesure où, en pratique, l'on peut constater que c'est bien le « Président de la République » qui « détermine la politique de la nation ». Il y aurait ainsi les règles réelles, *real rules*, qui sont effectivement appliquées, et les règles sur le papier, *paper rules*, laissées lettre-morte par leurs destinataires pour reprendre la distinction posée par le réaliste américain Llewellyn⁴⁹. L'obligation de rendre compte du réel imposerait de porter son regard sur le droit tel qu'il est dans la pratique. La Constitution serait ainsi duale, dans les prescriptions dispositionnelles qu'elle contient et dans les pratiques qu'elle génère.

⁴⁶ A ce sujet, voir notamment F. Savonitto, *Les Discours constitutionnels sur la "violation de la Constitution" sous la V^{ème} République*, LGDJ, 2013.

⁴⁷ En ce sens, voir M.A Cohendet, *Droit constitutionnel, préc.*, p. 459 visant la modération des professeurs de droit face aux violations répétées de la Constitution, qui craignent « le ridicule d'une posture de Don Quichotte, l'apparente fatuité d'un professeur enseignant des règles de droit qui ne sont même pas respectées par le chef de l'Etat » puis leur lassitude

⁴⁸ Voir *supra*.

⁴⁹ Voir K. N. Llewellyn, *A realistic jurisprudence – the Next Step*, 1930, extrait reproduit et traduit in *Le positivisme juridique*, sous la direction de C. Grzegorzczuk, F. Michaut et M. Troper, LGDJ, La pensée juridique moderne, 1992, *op. cit.*, pp. 130-134.

Une description de la réalité du régime politique imposerait donc d'intégrer les pratiques dans l'étude du droit constitutionnel.

La place accordée aux pratiques dans l'étude du droit constitutionnel tend à placer la doctrine constitutionnelle non pas du côté du droit mais du côté du politique et, plus largement, du pouvoir. Si, à l'évidence, les pratiques de la Constitution méritent d'être étudiées, elles doivent l'être pour ce qu'elles sont, des manifestations du pouvoir soumises au respect du droit, sous peine de renoncer à l'idéal même poursuivi par constitutionnalisme : saisir la politique par le droit.

