

Institut Louis Favoreu-GERJC

Table ronde internationale de justice constitutionnelle

Aix-en-Provence, les 11-12 septembre 2026

Constitution et pratiques de la Constitution – éléments embryonnaires relatifs à la Norvège

Eivind Smith,

Professeur de droit public à l'Université d'Oslo

Introduction : Qu'est-ce que la « Constitution » ?

S'occuper de la problématique de pratiques constitutionnelles, anticonstitutionnelles ou tout simplement inconstitutionnelles suppose un point de départ, de préférence fixe, pour l'appréciation. Inévitable alors la question de savoir ce qu'est « la Constitution ». Question d'apparence simple frôlant la naïveté. Or chacun d'entre nous sait que même en se tenant au domaine juridique sans qualification supplémentaire, elle est de nature à soulever une panoplie de points d'interrogation à la fois théoriques et pratiques. A cette occasion, on se contentera donc de n'en faire appel qu'à une petite sélection, quitte à simplifier à excès.

En termes de droit positif, une « Constitution » nationale consiste en premier lieu en un ensemble de mots formellement adoptés selon les préceptes établis et donc posés avec la prétention de servir comme fondement politique d'abord, juridique ensuite, d'un Etat. Cependant, se référer à un ensemble de signes sur papier ou écran ne comporte de signification autre que purement graphique ou bien esthétique. En dernier lieu, il appartient au lecteur d'en donner un contenu intelligible. Autant que possible, c'est un contenu précis qui est recherché.

C'est vrai qu'en général, un lecteur qui connaît la langue en question et qui dispose d'un minimum de connaissances du genre littéraire en question, soit-il scientifique, juridique, mathématique ou autre, arrive assez facilement à donner du chair aux mots. De plus, la communauté professionnelle concernée aurait souvent tendance à tomber d'accord sur une lecture suffisamment précise et capable pour dissiper des doutes purement linguistiques.

De temps en temps, la lecture retenue résulte de l'opinion professée par une voix tenue haut en estime et généralement regardée comme d'autorité (un « père de la Constitution » ou une personnalité du monde universitaire, par exemple). Dès qu'une telle opinion gagne le soutien nécessaire des acteurs principaux, les pouvoirs constitutionnels auraient tendance à se comporter en correspondance.

Dans une société ouverte, achever un large consensus sur tout point serait néanmoins invraisemblable. En outre, le développement socio-politique aurait tendance à accoucher de nouveaux cas de désaccord quant au sens précis de la Constitution en tant qu'ensemble de normes juridiques, ou – mieux, peut-être – à paver le chemin vers une découverte ou une connaissance approfondie de points de doute résiduels dans le texte d'origine.

Parmi les causes possibles de telles incertitudes, il pourrait y avoir que les textes constitutionnels sont vagues pour cause de mauvaise préparation ou parce qu'adoptés dans le but de sceller des compromis politiques en laissant à la postérité le soin de les doter d'un sens précis. La présence éventuelle d'une pluralité de textes portant sur le même phénomène ou sur des phénomènes adjacents, mais non parfaitement coordonnés, ne contribue point à faciliter les choses. A tout ceci s'ajoute l'hypothèse inévitable de conflits d'interprétation parce que deux ou plusieurs approches pourraient servir des intérêts sociaux ou politiques opposées. En tout cas, cette probabilité est réelle dans des cas où deux ou plusieurs lectures inconciliables du texte en question sont parfaitement légitimes du fait de l'imprécision du texte ou d'un contexte susceptible de soutenir des lectures inconciliables.

Comment arriver, alors, à une interprétation susceptible d'établir un minimum nécessaire de consentement ou – mieux – de conviction quant au vrai contenu de « la Constitution » ? Dans l'expérience norvégienne, la pratique des pouvoirs constitués compte parmi les facteurs susceptibles de concourir à y remédier. De toute évidence, ceci ne vaut que sous certaines conditions, dont l'origine institutionnelle de la pratique en question, la forme de « la pratique » et la défensabilité de celle-ci par rapport à l'interprétation prévalente du texte constitutionnel lui-même. Commençons alors par distinguer entre « pratique » issue de la jurisprudence et « pratique » façonnée par les autres pouvoirs constitués.

I – La jurisprudence constitutionnelle comme « pratique »

I – 1 Contrôle juridictionnel à la norvégienne

Dans les Etats dotés de juridiction constitutionnelle spécialisée avec pouvoir de contrôle à priori et abstrait, appartenant alors à la famille « européenne » de justice constitutionnelle, il se pourrait que de tels conflits d'interprétation soient résolus, sans retard inutile, par un juge de dernier ressort. Sans surprise, l'expérience montre néanmoins que des nouveaux chevaux de bataille relative à l'interprétation de la Constitution apparaissent sans cesse même au sein de tels systèmes.

Sur les pages suivantes, on se contentera de passer aux cas où le juge constitutionnel officie au sein d'un système à contrôle concret, ex post et diffus, tels qu'aux Etats-Unis ou en Norvège. Les remarques suivantes ne porteront que sur ce dernier système.

Pour l'occasion on se permet – dans cet enceinte – de passer outre encore une présentation du système de justice constitutionnelle norvégien tel qu'elle s'est construite depuis deux siècles. Parmi les caractéristiques dignes d'être notées figurent les faits qu'en principe, aucun contrôle abstrait ne peut être envisagé, et que le déclenchement du contrôle concret et ex

post dépend essentiellement de personnes physiques ou morales de droit privé qui non seulement sont en mesure de démontrer un intérêt suffisant pour agir en justice, et qui estime aussi qu'une telle action aurait un intérêt suffisant pour en mériter le risque. En même temps, les conditions procédurales n'accordent pas facilement l'occasion aux personnes juridiques autre que l'Etat lui-même de se présenter devant un juge constitutionnel avec un certain nombre de questions constitutionnelles, relatives à la répartition des compétences à l'intérieur de l'appareil étatique, par exemple.

Il est vrai qu'en procédure pénale, l'inconstitutionnalité de la norme ou de la pratique sur laquelle le parquet s'est basé peut toujours être invoquée par l'accusé sans grande risque. En cas de procédure civile, dont administrative, en revanche, faire appel à un moyen d'inconstitutionnalité implique, en règle générale, un risque réel de se retrouver chargé, en cas de perte, non seulement de ses propres frais d'avocat, mais aussi de ceux de la partie opposée, l'Etat ou de la municipalité concernée y compris. Les frais auraient tendance à augmenter avec la complexité de l'argumentation juridique soumis au juge.

Par conséquent, les cas de jurisprudence constitutionnelle n'ont tendance à n'apparaître qu'en fonction d'initiatives extérieures au système constitutionnel propre, c'est-à-dire à compte-goutte. Ceci implique que le système n'assure en rien que tout problème de constitutionnalité soit systématiquement soulevé devant un juge. Il contribue aussi à expliquer pourquoi la jurisprudence en matière constitutionnelle soit plutôt maigre ou même non-existant sur de nombreux points.

1 – 2 Absence circonstancielle de contrôle juridictionnel

Un exemple saisissant de nature à illustrer le caractère presque épisodique d'un système à contrôle concret et ex post concerne l'immunité du chef de l'Etat selon l'article 5 de la Constitution, selon lequel « La personne du roi ne peut être tenu responsable ni accusée ». Il est communément admis que cette disposition établit une immunité juridique absolue en matière publique aussi bien que privée, sans évidemment protéger la monarchie ou le roi lui-même de critiques publiques.

La Norvège a cependant tenu d'agir comme l'un des précurseurs du futur Statut de Rome (1998) portant fondement juridique de la Cour pénale internationale. Sachant que le Statut allait interdire toute exception en faveur des hauts responsables des Etats membres, le gouvernement s'est donc trouvé devant le dilemme posé par l'immunité constitutionnelle du chef de l'Etat (et, dans un moindre degré, celles des détenteurs de quelques autres fonctions étatiques). Dans le projet de consentement au traité soumis au Parlement conformément à l'article 26 al. 2 de la Constitution, il a donc choisi d'expliquer que si, dans l'avenir, le roi se trouverait par mésaventure dans une situation portant violation du traité, il ne serait plus digne d'être roi de Norvège et que, par conséquent, ne serait pas protégé par l'immunité normalement applicable.

Dans un Parlement très favorable à l'établissement d'un nouveau tribunal international pour nous protéger des maux visés par le Statut, l'interprétation plus que douteuse de la Constitution n'a soulevé aucune objection.¹

Force est alors de constater que la Norvège, au lieu d'amender la Constitution, a préféré de retenir une interprétation de la Constitution hautement pragmatique. A cet égard, il importe de noter que techniquement, un amendement constitutionnel aurait été tout à fait possible au seul prix de retarder la ratification d'une bonne année, et rien ne laisse supposer que le Parlement en tant que pouvoir constitutionnel dérivé aurait bloqué le chemin. En effet, cette dernière solution a été choisie par plusieurs autres Etats européens, tandis que le gouvernement danois, devant une Constitution réputée pratiquement impossible à amender, a préféré admettre le problème tout en exprimant sa confiance en un avenir où le problème ne se produirait pas de façon aigue.

Quel rôle le juge constitutionnel a-t-il joué à l'égard de cette violation assez manifeste de la Constitution ? La réponse se trouve tout simplement dans un rappel au caractère concret et ex post du contrôle juridictionnel : Si un roi (ou une reine) de Norvège se trouverait, dans un avenir toujours incertain, devant une inculpation en vertu du Statut de Rome, l'argument d'inconstitutionnalité pourrait bien être invoqué devant le juge pénal compétent. Jusqu'alors, une telle situation ne s'est jamais produite, et la probabilité que ceci change demeure faible. Entretemps alors, la question de la constitutionnalité de la ratification du Statut, et de l'adoption de la loi correspondante, va rester sans réponse définitive.

1 – 3 La jurisprudence constitutionnelle comme correctif

Pour comprendre le fonctionnement du système norvégien de contrôle constitutionnel, il ne suffit évidemment pas de référer au seul caractère concret et ex post du système. Il convient en outre de rappeler que si les pouvoirs publics du pays se sont parfois permis un certain pragmatisme par rapport à l'interprétation de la Constitution au vu des « besoins » du jeu institutionnel ou du temps, le régime ne compte guère parmi ceux qui ont le plus tendance à violer leur Constitution.

En outre, il s'agit d'une Constitution très âgée même si amendée à plusieurs reprises, et par conséquent relativement courte. Une telle Constitution a tendance à soulever moins de problèmes de conformité que bien des Constitutions largement plus détaillées appartenant à des générations plus récentes.

Cela dit, la jurisprudence norvégienne est néanmoins substantielle sur certains points qui relèvent de la protection des droits de la première génération (dont la propriété, la légalité des peines, la liberté d'expression et la non-rétroactivité). Elle existe aussi sur un nombre de points moins souvent évoqués par voie juridictionnelle. De temps en temps, un arrêt relatif aux normes régissant la séparation des pouvoirs apparaît également par voie indirecte.

¹ Par la suite, l'application du Statut dans le droit interne de la Norvège est régie par la loi du 6 juin 2001 N° 65.

Par rapport à l'œuvre jurisprudentiel, il n'y a pas lieu de beaucoup insister sur cet aspect du concept de « pratique » qui consiste en la présence d'un minimum de fréquence et de continuité. Sauf contre-indication accentuée, une seule prononciation par le juge de dernier ressort serait effectivement susceptible de fixer le contenu de la Constitution sur le point en jeu. Laissant les subtilités du droit procédural relatives à la distinction entre contrôle concret et contrôle abstrait de côté, l'autorité de la chose jugée, ou plutôt cette se la *ratio decidendi* à la base de la conclusion, vaut en principe en fonction déjà d'un seul arrêt.

Ceci vaut davantage en cas de jurisprudence établie de façon conséquente et durable, telle que susceptible d'apparaître notamment dans un système à contrôle concret, où des nouvelles tentatives de précision ou de délimitation de la norme sous-jacente pourraient être soumis au juge par rapport à ce qui se présente comme une infinité de variations factuelles.

Dans les deux cas de figure, la jurisprudence constitue l'exemple typique de « pratique » constitutionnelle. Dans quelle mesure peut-elle, en tant que telle, être prise en compte dans une discussion relative aux limites entre ce qui est, et ce que n'est pas, conforme à la constitution ?

Selon la doctrine norvégienne relative aux sources du droit, la jurisprudence appartient à l'inventaire des arguments légitimes pour fixer le contenu de la norme juridique en cas de doute légitime. Il va de soi qu'en principe, le droit posé, c'est-à-dire les textes adoptés, y passe devant. En cas de doute légitime quant à la signification des mots, cependant, la jurisprudence peut être évoqué en appui de telle ou telle interprétation. Dès qu'elle s'est clairement prononcée sur la question constitutionnelle en jeu, la jurisprudence établie par le juge constitutionnel de dernière instance, c'est-à-dire la Cour suprême, y compte en premier lieu.

En général, l'interprétation retenue par le juge serait regardée comme déterminante en ce sens qu'une pratique ultérieure qui s'avère être non conforme à la norme constitutionnelle telle que définie par le juge, sous forme de législation par exemple, serait regardée comme inadmissible tout simplement parce qu'inconstitutionnelle.

I – 4 Création conjointe du juge et des autres pouvoirs constitutionnels

Parfois, une pratique constitutionnellement douteuse finit par être confirmée par la justice constitutionnelle. Un exemple éminent nous est offert par la pratique relative au transfert de souveraineté à des organismes supranationaux en fonction des articles 26 et 115 de la Constitution : L'exécutif représente l'Etat vis-à-vis les autres Etats, y compris quand il s'agit de lier le pays par voie de traités (art. 26 al. 1^{er}). Avant de conclure certains traités, il est cependant tenu à obtenir le consentement du Parlement par majorité simple (art. 26 al. 2). Il va de soi que les traités portant transfert de souveraineté en ce sens qu'ils confient à un organisme international du pouvoir de décision avec effet direct dans le droit interne du pays, en font partie. Or l'article 115 impose une majorité qualifiée des deux tiers pour que le pays soit lié par de tels traités, procédure n'empruntée que deux fois (établissement des

traités relatifs à l'Espace Economique Européen et à l'Autorité européenne du système financier).

Avec l'approfondissement de l'eupéanisation à l'aide de nouveaux bureaux dotés d'une certaine indépendance par rapport à la Commission européenne, les gouvernements norvégiens successifs ont senti le besoin d'y adhérer tout en restant non-membre de l'Union. Pour simplifier la procédure dans des matières surtout techniques (surveillance aérienne, etc.), mais parfois sans doute afin aussi de ne pas dramatiser la situation et d'éviter des dérapages politiques, elle a commencé à ne solliciter le consentement parlementaire que selon l'article 26 al. 2 de la Constitution (majorité simple). Malgré l'inconstitutionnalité plus qu'apparente d'une telle pratique. Comme justification constitutionnelle, le gouvernement a développé l'argument que le transfert en question n'est que de faible importance. Plus souvent que non, le consentement a été concédé sans opposition notable.

Dans un pays qui reste miné par deux referenda négatifs relatifs à l'adhésion éventuelle du Royaume au Marche commun ou à l'Union européenne, la pratique ainsi établie a néanmoins terminé par soulever une contestation de plus en plus répandue. Finalement, le Parlement s'est résigné à solliciter l'avis de la Cour suprême selon le procédé rarement utilisé établi par article 83 de la Constitution. Après mure réflexion, la Cour en session plénière a répondu par accepter que la majorité simple serait suffisant pour consentir à un traité relatif aux pouvoirs du bureau chargé du système ferroviaire (HR-2021-655-P). Ce faisant, elle s'est largement appuyée sur les grandes lignes de la pratique établie justifiée par la doctrine de « transfert de faible importance ».

Par la suite, une saisine aux allures de contrôle abstrait puisque émanant d'un syndicat sans intérêt évident pour agir en justice, s'est terminé par confirmer l'appréciation précédente de la Cour. Cette fois-ci, il s'est agi d'une partie du système européen relatif à la transmission d'électricité (HR-2023-2030-P, ACER).

On arrive donc à la conclusion sans doute inévitable que malgré l'inconstitutionnalité initiale plutôt évidente de la pratique en question, l'intervention répétée du juge constitutionnel à titre consultatif et prétorien est de nature à ôter la discussion relative à la constitutionnalité de la pratique à suivre par la suite, de l'essentiel de son sens. Quant aux constitutionnalistes, ils ne se retrouvent guère qu'avec la question – pourtant toujours d'actualité – de la délimitation entre transferts de souveraineté plus ou moins importants.

II – La « pratique » des autres pouvoirs constitués

II – 1 Quel mètre pour apprécier la constitutionnalité d'une pratique non juridictionnelle ?

Quoi faire alors dès qu'aucune jurisprudence déterminante est à portée de main ? En toute évidence, l'admissibilité du comportement d'un acteur institutionnel ne se mesure pas en fonction d'exclamations de « inconstitutionnalité ! » émises par un acteur ou une force politique adverse. Du moins en principe, on ne pourrait pas non plus se satisfaire de l'appréciation du plus fort. En l'absence d'interprétation consensuelle ou établie, force n'est-

il pas alors à admettre qu'en dernière instance, comme déjà noté, l'appréciation de la constitutionnalité d'une pratique donnée relève de l'observateur lui-même ?

Cependant, un observateur en ne vaut pas nécessairement un autre. Quant à lui, le corps électoral ne se préoccupe pas principalement de la constitutionnalité d'une mesure ou d'une pratique, mais de son acceptabilité politique, ses conséquences sur le porte-monnaie des ménages, etc. Il conviendrait alors de regarder ailleurs.

Il est vrai que dans l'académie ou dans les médias, il y a toujours des voix qui portent davantage que les autres. Devant le chœur d'opinions toujours plus composite de la société moderne, on risque néanmoins de se retrouver face à une cacophonie de regards divers sur la question de la constitutionnalité d'un acte ou d'une pratique donnée. En attendant la parole du juge, ou bien sous contrainte d'agir en l'absence de jurisprudence déterminante, alors, on n'aura guère d'autre possibilité que d'insister sur le poids et la qualité des arguments. Or même une argumentation excellente risque de faire défaut dans la mesure où les pouvoirs constitutionnels développent leurs propres pratiques sans trop vouloir entendre les arguments tendant à démontrer leur inconstitutionnalité.

II – 2 La « pratique » non juridictionnelle comme source de droit

En l'absence d'interprétation établie, fondée ou non sur des éléments de jurisprudence, la question de la constitutionnalité de la « pratique » des pouvoirs constitués non juridictionnels se pose. De quoi s'agit alors ?

Une hirondelle ne fait pas le printemps. Parler de « pratique » suppose alors viser un comportement répétitif qui revête une certaine cohérence, une certaine régularité et une durée minimale. Il convient cependant d'écarter des situations revêtant les caractéristiques propres à un coup d'Etat ou à une révolution, actions menées avec come but de remplacer l'ordre constitutionnel établi par un état constitutionnel nouvel. Quitte à se souvenir que la délimitation sur ce point risque d'être brouillée du fait que la plupart de tels événements semble effectivement être entrepris sous prétexte de conformité parfaite avec la Constitution préétablie.

S'accorder pour admettre qu'une régularité suffisante soit établie ne suffit pas en lui-même pour que la « pratique » en question soit admissible comme argument de poids dans le processus de fixation du contenu exacte de la Constitution. En effet, il ne convient de retenir que les pratiques développées par le pouvoir législatif, par le pouvoir exécutif ou en interaction entre des deux, par exemple relativement à la collaboration nécessaire entre le gouvernement parlementairement responsable et le Parlement.

Dans la doctrine norvégienne, il y a un certain consensus pour admettre la présence de telles pratiques comme autant d'arguments en cas de désaccord quant à la bonne interprétation de la Constitution. Ceci vaut nonobstant le caractère formellement législatif ou non de la pratique en question.

La présence d'une régularité suffisante ne mériterait pas nécessairement d'être accepté comme un argument décisif en soi. Ainsi, il va de soi que même une série de dispositions législatives ne pourrait pas être acceptée comme décisive indépendamment de ses relations plus ou moins délicates avec la norme constitutionnelle de base. Ceci vaut déjà parce que même une pratique législative pluriannuelle et constante pourrait être soumise au contrôle juridictionnel dès qu'une question de la constitutionnalité de son application se révèle comme potentiellement contestable et serait évoquée soit comme moyen de défense dans un procès pénal soit comme argument en faveur d'une action devant le juge agissant en fonction de la procédure civile.

La longévité éventuelle de la « pratique » institutionnelle – législative ou autre – en question pourrait néanmoins bien servir comme argument en faveur de la constitutionnalité de ladite pratique en cas de doute légitime quant au contenu exact de la norme constitutionnelle en jeu. La sécurité juridique compterait effectivement en position proéminente parmi les éléments susceptibles de soutenir l'arguments de longévité en faveur de la constitutionnalité d'une norme. Si un nombre inconnu de cas pratiques a déjà été tranché comme si la norme législative en question soit constitutionnelle, il y aura effectivement un pas à franchir pour infliger de perte à ceux qui se sont conformés à la règle admise. De même, ôter à ceux-ci des avantages auxquels ils ont légitimement cru avoir eu droit à s'attendre devrait se faire avec parcimonie.

Si l'argument en faveur d'appliquer la norme législative en question malgré le doute initial relatif à sa constitutionnalité prévaut, la question de la constitutionnalité de la pratique en tant que telle disparaîtrait en fonction de son absorption dans la norme constitutionnelle elle-même. Au cas contraire, la norme législative contestée serait tout simplement marquée du sceau d'inconstitutionnalité. Par conséquent, elle doit être abrogée, ou bien l'application en doit être ajustée en correspondance.

II – 3 Pratique en supplément ou contraires à la Constitution ?

Quant aux pratiques non-législatives, il convient de façon générale de distinguer entre des pratiques susceptibles de s'insérer à l'intérieur des cadres établis par le droit constitutionnel établi, d'abord, et des pratiques susceptibles – si acceptées – de modifier le contenu de celui-ci, en deuxième lieu. Il n'y aura occasion d'apposer la qualification « in- » ou même « anticonstitutionnelle » que sur le deuxième de ces cas de figure.

La vie politico-constitutionnelle foisonne de pratiques utiles ou même nécessaires pour combler les nombreux espaces normatifs laissés ouverts, délibérément ou non, par une réglementation constitutionnelle de nature générale. A titre d'exemple, elles pourraient « réglementer » des questions protocolaires, les attitudes à adopter par un gouvernement qui se frotte à une assemblée souhaitant exercer son droit d'agir en fonction de ses propres prérogatives, les relations entre la majorité et les oppositions parlementaires, la forme et la fréquence de réunions interministérielles, ou encore le langage admissible dans le débat politique.

Dans la vie politique, on fait appel à de telles « normes » surtout pour renforcer des critiques formulées à l'encontre d'adversaires politiques pour cause de violations prétendues des codes de conduite établis. Leur importance réelle dans le fonctionnement des pouvoirs constitués se trouve néanmoins ailleurs ; avant tout, elles évitent aux acteurs concernés d'réinventer leur comportement en chaque instance au lieu de pouvoir partir de modèles préétablis jusqu'à nouvel ordre.

La force normative de telles pratiques est souvent renforcée à l'aide de « circulaires » ou manuels contenant des condensés d'exemples ou pratiques jugés dignes de préservation. Dans le Parlement, de tels textes sont agrégés par le secrétariat général et servent comme partie du fondement pour ses efforts d'information systématiquement proposés aux nouveaux députés et mise à leur disposition tout au long du mandat. Ceux issus par les services du gouvernement sont souvent formulés de façon plus directive et fournissent la base de « cours » auxquels chaque nouveau ministre est systématiquement tenu à assister. Si de tels cours sont désormais quasi-obligatoires, c'est en fonction de la volonté des premiers ministres successifs, qui souhaitent évidemment éviter que les néophytes commettent des faux pas de façon inutile.

En effet, de tels « codifications » peuvent à la fois accentuer le poids des pratiques en question et contribuer à les perpétuer. On reste néanmoins loin de penser les pratiques en question comme reflets d'autant de normes relevant d'une sorte de droit coutumier. Avoir recours à une telle figure serait inutile aussi puisqu'il est généralement admis que les pratiques en question ne contredisent pas la norme constitutionnelle, mais concourent plutôt à la faire fonctionner à travers le foisonnement de question pratiques susceptibles d'apparaître au cours de la vie d'une Constitution.

II – 4 « Droit constitutionnel coutumier » ?

Depuis un petit siècle, la figure de « droit constitutionnel coutumier » s'est néanmoins taillée une place dans le langage constitutionnaliste courant en Norvège. L'exemple principal en est incontestablement l'établissement du système de parlementarisme négatif sans passage à la procédure d'amendements constitutionnels : selon les mots de la Constitution, le roi « choisit lui-même » son conseil (art. 12) et en nomme les membres en Conseil des ministres (art. 21, art. 27 et s.). Dans les premières décennies du 19^e siècle, le roi (l'ancien maréchal napoléonien Bernadotte en tant que roi de Suède et de Norvège) s'est parfois comporté en conformité. Par la suite, en revanche, les monarques successifs se sont progressivement contentés de nommer les ministres en fonction des choix informellement émanant du milieu politique norvégien, et en 1884, le Parlement a pu – à l'aide de la Haute Cour – forcer le roi Oscar II de nommer un gouvernement reflétant la majorité au sein de l'Assemblée. La tentative du même roi de bloquer le chemin de la machine législative en 1905 a déclenché la fin de l'union personnelle avec la Suède. La nouvelle dynastie installée dès 1905 n'a jamais cherché à s'opposer aux choix de la majorité parlementaire relatifs à la formation des gouvernements.

La constance de cette façon établie a donné naissance à des tentatives doctrinales d'ancrer la pratique établissant un parlementarisme négatif de fait dans la Constitution même par le recours à la figure de « droit constitutionnel coutumier ». L'un des problèmes fondamentaux d'une telle approche est cependant que la pratique n'a en rien contredit la norme constitutionnelle préétablie. Puisque rien n'a empêché le roi de se servir de sa liberté de choix selon l'art. 12 en systématiquement agissant en fonction des conseils d'accepter des demandes de démission d'un ministre ou d'un gouvernement en place suite, par exemple, à une crise parlementaire et de nommer – en Conseil des ministres – des gouvernements susceptibles de non être renversé par le Parlement. Par conséquent, il ne s'agit d'une violation de la Constitution, mais d'un accommodement réciproque à l'intérieur des limites extérieures établies par celle-ci.

Pourquoi alors inventer une norme constitutionnelle que le pouvoir constituant dérivé n'a pas trouvé lieu d'ériger au rang constitutionnel par la voie prescrite par la Constitution elle-même, c'est-à-dire par amendement ? En partie, cette abstention s'explique sans doute par l'adoption presque simultanée (1911) d'un amendement constitutionnel explicitant que la validité des résolutions royales est conditionnée par le contreseing du premier ministre (art. 31) ; d'ailleurs, cette règle s'applique aussi par rapport aux résolutions concernant la nomination ou la révocation de ministres. Ce faisant, la liberté formelle du roi a fini par être soumise à la volonté de l'élément politique non seulement dans les faits mais *de lege*.

En tout cas, la discussion a pris fin avec la constitutionnalisation des grands traits du système parlementaire négatif façon norvégienne en 2007 (art. 15), amendement qui n'a effectivement fait rien d'autre que codifier la pratique préétablie. Par la suite, le recours à la figure de « droit constitutionnel coutumier » semble finalement petit disparaître du langage constitutionnaliste norvégien. Inutile alors de soulever un certain nombre des problèmes théoriques que l'idée d'un « droit constitutionnel coutumier » est de nature à soulever.

II – 5 Un nouveau costume de l'Empereur ?

Le Danemark offre cependant quelques exemples où les pouvoirs publics continuent de poursuivre une certaine pratique incontestablement inconstitutionnelle si rien n'était. Selon la littérature, l'inconstitutionnalité apparente est gommée par l'érection de la pratique en « droit constitutionnel coutumier ».

Cette figure se différencie de celle de « conventions constitutionnelles » à l'anglaise, qui sont seulement censées suppléer l'ossature formellement constitutionnelle à la manière des pratiques suppléantes déjà mentionnées. En revanche, le « droit constitutionnel coutumier » est présenté comme juridiquement déterminante malgré l'opposition manifeste entre la pratique en question et ce qui suit de la lecture accoutumée du texte constitutionnel.

Comme dans la plupart de nos pays, la Constitution danoise confie le pouvoir budgétaire au Parlement, tenu à l'exercer en session plénière (Art. 49 § 2). Depuis très longtemps, la commission parlementaire permanente chargée des affaires financières s'est néanmoins mise à voter des crédits parfois très importants (hors budget annuel) à l'exécutif sans

attendre que la mesure soit formellement adoptée en Chambre. En même temps, l'exécutif s'est systématiquement servi de tels crédits sans se soucier de cette « formalité » pourtant fondamentale. La pratique est régulièrement défendue par référence à des besoins ad hoc qui ne pourraient pas attendre l'adoption du prochain budget annuel sans nuire aux buts poursuivis.

On se retrouve donc en face d'une pratique qui viole la norme constitutionnelle établie de façon manifeste. Quelle position la doctrine de droit constitutionnel doit-elle adopter à son égard ? Pendant les premières années de cette pratique, l'argument d'inconstitutionnalité aurait certainement pu être invoqué. Or personne n'a eu l'idée de saisir le juge judiciaire, d'habitude très discret en matière constitutionnelle, afin de contraindre le gouvernement de ne pas se servir de la monnaie demandée et octroyée. Comment imaginer alors qu'une majorité au sein du Parlement saisisse la Haute Cour contre l'agissement en commission composée d'une majorité de députés appartenant à la même majorité parlementaire ?

Au bout de compte alors, la littérature a pris l'habitude d'invoquer la figure de « droit constitutionnel coutumier » pour expliquer pourquoi cette pratique manifestement inconstitutionnelle s'est pu néanmoins s'affranchir de cette caractéristique. En même temps, cependant, d'aucuns admettent qu'il s'agit là d'un nouveau costume de l'Empereur. En d'autres mots, la justification réelle d'une telle prise de position ne peut guère se trouver ailleurs que dans la devise « nécessité fait la loi ». En l'absence de la voix juridictionnelle, la considération sous-jacente y a dans doute été qu'au bout de compte, il ne sert à rien de clamer qu'une pratique à laquelle les deux pouvoirs constitutionnels ont adhéré depuis si longtemps, constitue encore une violation de la Constitution.

III – « Pratique » anticonstitutionnelle ou simplement inconstitutionnelle ?

Terminons par quelques réflexions relatives au vocabulaire à adopter : Convient-il de retenir le préfixe 'in' pour caractériser la constitutionnalité des relations entre un acte ou une pratique en question et la Constitution telle que généralement conçue, ou faut-il plutôt penser de tels comportements comme 'anti' constitutionnelles.

Les deux catégories ont en commun de caractériser un comportement qui s'écarte de la norme constitutionnelle établie. En même temps, ils comportent des connotations bien différentes en ce sens que si le préfixe 'anti' semble supposer une intention d'opposition à la situation préexistante, la qualification d'inconstitutionnalité ne serait pas nécessairement assortie d'une telle intention. En effet, qualifier une pratique comme 'inconstitutionnelle' représente l'avantage de couvrir tout agissement s'écartant de la norme constitutionnelle préétablie sans nécessiter une prise de position préalable relative à l'intention qui l'a motivé.

C'est la raison principale pour la préférer sur les pages précédentes. Ce choix se conforme d'ailleurs avec le vocabulaire prédominant dans la littérature constitutionnelle norvégienne.

Selon nous, un sens particulier de la qualification 'anticonstitutionnel' qui fleurit dans le débat politique et constitutionnaliste courant constitue un autre argument susceptible d'être invoqué dans le même : elle viserait un ensemble de comportements de pouvoirs publics à

qui on prête l'intention de conduire un ensemble de mesures dans le but d'infléchir le régime politique en son ensemble par rapport à la Constitution préétablie. En Europe occidentale, les exemples de la Hongrie et de la Pologne y servent souvent comme références. Outre-mer, comment éviter de penser à l'exemple des Etats-Unis trumpiens ?

Rien n'interdit cependant aux pouvoirs publics de choisir une ligne de comportement qui s'approche des limites tracées par la Constitution sans forcément les franchir et sans intention de le faire. Il n'a rien d'inconstitutionnel en soi que le gouvernement se taille des marges de manœuvre aussi large qu'admises par la Constitution, le cas échéant même en testant les limites permises pour mener les politiques publiques recherchées.

Dans la mesure où un jugement de dernier ressort permettra de situer la politique ainsi menée comme outrepassant les limites, et le verdict constitutionnel final est respecté, l'admissibilité des mesures adoptées serait établie. En sens inverse, maintenir une pratique institutionnelle qui s'écarte de ce qu'a prescrit le juge de dernière instance serait évidemment contraire à la Constitution. En cas de systématisation de telles situations, la qualification d'anticonstitutionnel pourrait tomber à l'esprit. Or l'expérience d'un Etat démocratique tel que la Norvège ne s'y est jamais prêtée par temps de paix.