

La légitimité de la justice constitutionnelle : le cas particulier de la Norvège

(version préliminaire)

Eivind SMITH

Professeur de droit public

à l'Université d'Oslo

1 – Contextualisation : un débat bi séculaire

Dans le concert européen de justice constitutionnelle, la Norvège constitue un cas à part. En premier lieu, la notion 'justice constitutionnelle' n'y vise point une juridiction particulière, mais *une fonction* au sein même d'un système judiciaire unique coiffé par une seule Cour suprême à compétence générale. Deuxièmement, le système norvégien de contrôle juridictionnel de la conformité de la loi ordinaire avec la Constitution ne s'inscrit pas dans la vague post-1945 (og bien post-1989) favorable à l'établissement de juges constitutionnels comme pierres angulaires de nouveaux systèmes de gouvernement, mais s'est développé depuis deux siècles déjà.

Sur le premier point, il convient de rappeler la distinction désormais classique entre systèmes de contrôle 'spécialisé' et 'diffus'. Celui de la Norvège s'inscrit nettement dans ce dernier groupe en ce sens notamment que tout juge – local, d'appel ou suprême – doit adjuger les questions constitutionnelles susceptibles de s'imposer à lui lorsqu'une affaire attendant d'être tranchée la demande. Sans surprise, ce serait le plus souvent à la Cour suprême, par voie d'appel, de répondre à toute question constitutionnelle posant de doute sérieux. C'est pourquoi, à cette occasion encore, on se contente de ne s'intéresser qu'à la jurisprudence du juge de dernier ressort.

Le caractère 'diffus' du contrôle est renforcé par le fait que le système juridictionnel norvégien se caractérise aussi par l'absence quasi complète de spécialisation (entre affaires administratives, civiles ou criminelles, par exemple), mais plutôt érige la figure de 'juge généraliste' en totem. Ce caractère est renforcé encore par l'absence à peu près totale d'accommodation procédurale en vue de spécificités éventuelles d'aspects constitutionnels des affaires. De cette façon, les codes généraux de procédure civil ou pénal s'appliquent sans égard à la présence ou non de questions constitutionnelles. Par conséquent, la réponse – plus ou moins claire – à celles-ci ne fait jamais partie de la conclusion formelle de l'affaire, mais uniquement des considérants sur lesquels la conclusion (acquittement, prison de x ans, responsabilité civile ou autre) est supposés reposer.

Sur le point numéro deux, on a très souvent eu l'occasion, dans cet enceinte,¹ de rappeler l'ancienneté du système de justice constitutionnelle en Norvège, effectivement le plus ancien en Europe (et, à certains égards, du monde). En l'absence de fondement explicite dans le texte constitutionnel, le contrôle s'est développé dans la jurisprudence de la Cour suprême à partir des premières années suivant l'adoption de la Constitution de 1814, de façon à contribuer aussi à l'établissement de celle-ci comme partie effective du droit positif et, par conséquent, comme norme applicable avec rang supérieur.

Après plusieurs tentatives de la part de l'opposition libérale de la mettre en échec à l'aide du veto royal, une loi finalement adoptée en 1863 a imposé aux membres de la Cour suprême l'obligation de voter individuellement et de motiver leurs votes en public. Dans les décennies précédentes, la portée constitutionnelle éventuelle d'un jugement n'a été officiellement connue qu'à travers la publication des seules conclusions formelles. Or des juges éminents ou d'autres membres de la petite élite de juristes de la capitale (dont certains professeurs de droit) ont tôt commencé à publier des « commentaires » entrouvrant la fenêtre vers les raisonnements juridiques sur lesquels les verdicts se sont basés. En outre, des études postérieures des protocoles de jugement originellement secrets, manuscrits en lettres gothiques, ont permis d'identifier certaines affaires où une question de la constitutionnalité de la loi a été essentielle de façon à nécessiter la présupposition que la norme constitution soit de caractère de droit positif. Ces études ont permis d'identifier les premiers exemples dans les protocoles d'un jugement rendu par la Cour suprême en 1822 déjà.

A partir de l'intervention législative de 1863, la publication des votes individuelles motivées a fait éclater au grand jour des cas où une question constitutionnelle fait partie de l'inventaire. Notamment une affaire de 1866² a fait couler beaucoup d'encre, aussi bien dans l'époque même qu'au fil des décennies ultérieures : la Cour suprême y a effectivement tranché en faveur de l'inconstitutionnel de la mesure législative congestionnée, résultat obtenu malgré la résistance d'une minorité des juges.

Le vote du président³ *Lasson* a assumé le rôle de porte-parole de la majorité. En exposant le raisonnement sous-jacent de leur résultat en termes générales dignes d'un *Chief justice Marshall*, son argument a porté sur le rôle – précisément – de la Constitution en tant que droit positif qui, son statut supérieur étant donné, s'impose littéralement au juge dès que l'occasion s'en présente.

Si des cas pareils ne sont pas très fréquemment arrivés, il y en a quand même eu de temps en temps. Une période assez intense s'est produite pendant la période 1909-1918, quand un certain nombre de jugement ont barré le chemin pour un législateur plus interventionniste en matière économique qu'auparavant. Pour mémoire, les pouvoirs publics sont finalement arrivés, quelques années auparavant (1905), à se débarrasser de ce qui restait de l'encombrant union personnelle avec la Suède, à savoir le pouvoir de veto royal en matière

¹ Inutile d'énumérer, ici, la série de contributions en langue française dans l'Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle se proposant de commenter cet aspect du système. En norvégien, voir par exemple E. Smith, *Høyesterett og folkestyret* [La Cour suprême et la démocratie], Oslo 1993.

² UfL 1966 pp. 165 et s. (Wedel Jarlsberg).

³ En norvégien, le titre en est *høyesterettsjustitiarius*.

législative précisément. En même temps, le système embryonnaire de parlementarisme négatif était en train de s'affermir.

Cette période de « activisme » juridictionnel s'est calmée à partir de 1918, au profit d'un entre-deux-guerres où la Cour suprême a plutôt préféré de prendre la précaution de recourir à la technique que l'on connaît comme « interprétation conforme » plutôt que de recourir à des déclarations ouvertes – dans les considérants – de violation de la Constitution. La « grande » affaire de 1918⁴ qui a mis fin à l'anti-interventionnisme juridictionnel en matière économique se comprendrait, du moins en partie, par la présence au sein même de la Cour suprême de quelques personnalités libérales éminentes nommés à des sièges vacants. Tout en acceptant les dispositions législatives contestées, la majorité a pris soin de prononcer aussi son acceptation explicite de la doctrine établie de l'existence du contrôle juridictionnel de la loi, mais seulement sous réserve n'en faire usage que dans des cas où l'inconstitutionnalité de la loi apparaîtra comme patente.

En quelque sorte alors, il est possible d'y discerner un moment semblable à la victoire de l'administration Roosevelt des années 1930. Seulement, le *New Deal* norvégien a eu lieu deux décennies avant celui des Etats-Unis d'Amérique.

Le développement de la jurisprudence constitutionnelle s'est manifesté aussi dans le débat public. Comme très bien montré par *Rune Slagstad*, le thème de la légitimité du contrôle juridictionnel de la loi y est apparu par intervalles.⁵ Le débat a été vif notamment lors de certaines parties des années 1840 et 1860, pour s'aiguiser encore pendant le « *New Deal* » norvégien de la deuxième décennie du siècle suivant.

Sans surprise, la contestation d'un tel pouvoir du juge s'est essentiellement basée sur l'argumentaire contre-majoritaire. En des termes scaliennes – pertinentes, même si évidemment anachroniques, le cœur en pourrait être condensé dans la question de savoir en fonction de quel droit « le comité des sept juristes » siégeant à la Cour suprême pourrait se croire au-dessus d'un Parlement directement élu. La contestation s'est aiguisée au fur et à mesure que l'Assemblée a renforcé sa position au sein d'un appareil étatique encore jeune, se manifestant de plus en plus comme force politique active au sein d'un appareil étatique tenu par les vieilles élites. Son statut de vainqueur lors d'une crise constitutionnelle en 1883-84 n'a rien fait pour adoucir ses positions. En effet, la crise a porté sur une série de vetos royaux contre un amendement constitutionnel ouvrant l'accès des ministres aux séances parlementaires. Par la suite, cette ouverture a évidemment brossé la voie vers l'instauration graduelle de la responsabilité parlementaire des ministres et – par la suite – le système de parlementarisme négatif toujours en vigueur.

Le procès précédant l'adoption de la loi de 1863 portant obligation, pour les membres de la Cour suprême de voter individuellement et raisonné en public exprime, elle aussi, un scepticisme par rapport à une juridiction active ; sur ce point, l'on se souviendra que cette

⁴ Rt. 1918 I pp. 401 et s. (« hjemfallsretten »).

⁵ En langue internationale, voir notamment Rune Slagstad, 'The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System', Eivind Smith (sous la direction de), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer (1995) pp. 81 et s.

obligation a été imposé à la Cour malgré la résistance réitérée de l'« établissement dont elle faisait incontestablement partie. Il est vrai que les idées que « les sept » devraient au moins exposer le raisonnement sur lequel ils fondent leurs prises de position, et que le public doit savoir qui a voté pour quel résultat, sont de portée générale. Or la position active adoptée en matière constitutionnelle par la Cour suprême n'a pu qu'aiguiser un tel scepticisme.

Terminons cette partie de nos remarques par rappeler le silence du texte de la Constitution de 1814 sur l'existence (ou non) d'un pouvoir juridictionnel par rapport à la loi telle que voté par le Parlement et formalisé par consentement royal. Sachant que l'adoption d'une « constitution » formelle ne comporte en rien l'érection d'un juge constitutionnel autre que les (autres) pouvoirs constitués eux-mêmes, l'argument « lassonien » sur la « nécessité » logique du contrôle juridictionnel de la loi a eu du mal à s'imposer hors des cercles susceptibles de sympathiser avec le résultat. En effet, ni le développement politique ni les intérêts de l'opposition libérale grandissante n'ont joué en faveur d'un tel raisonnement. Or ceci n'a pas suffi pour mettre le développement de la justice constitutionnelle en échec.

2 – La légitimité « sociologique » du juge constitutionnel norvégien

La notion de « légitimité » étant loin d'être univoque, un débat fructueux sur la légitimité de la justice constitutionnelle requiert un minimum de précision quant à son contenu. Sur les pages suivantes, on distinguera entre la légitimité *sociologique ou réelle* (2), la légitimité *formelle* (3) et la légitimité *normative* (4) du juge constitutionnel, avec un regard particulier sur la justice norvégienne.

Une première conception – évidente – du terme « légitimité » pourrait-être qualifié de sociologique ou bien réelle. Faisant appel à un adjectif plus simpliste, elle mènerait à se demander si la figure du juge constitutionnel est *populaire*, ou du moins soutenue ou tolérée, dans la société concernée ou dans telle ou telle fraction de celle-ci, par exemple les professions juridiques, les membres actifs des partis politiques ou, surtout, les députés.

Quelques sondages récents sur la confiance du public en diverses institutions publiques montrent des scores très élevés en faveur de « la justice ». Plus récemment, les résultats attestent d'un taux de confiance de 89 pourcents, rivalisé seulement par celui de la défense (88 pourcents) et de la police (87 pourcents).⁶ Or la question ne porte que sur « la justice » en générale, sans mention particulière de certaines parties du portefeuille de celle-ci. Si un tel choix est pertinent en vue d'une institution à juge, il nous prive néanmoins de la possibilité de connaître l'état de l'opinion en particulier par rapport au contrôle juridictionnel sur la loi tel qu'occasionnellement opéré par le système judiciaire, la Cour suprême en particulier.

En outre, l'absence de tribunal constitutionnel spécialisé susceptible de focaliser l'attention serait peu à même de porter l'attention du grand public sur la question plutôt abstraite de savoir si l'existence d'un contrôle juridictionnel de la loi soit un bien en soi. Bien plus

⁶ [Tillitsbarometeret 2025 - svak økning i i tillit til de fleste aktørene, og med lavest tillit til sosiale medier | Respons Analyse](#)

vraisemblable serait-il que tel ou tel arrêt à portée constitutionnelle en suscite. Or un tel intérêt *ad hoc* aurait sans doute tendance à focaliser sur la controverse politique éventuellement provoqué par l'arrêt en question davantage que sur l'institution de justice constitutionnelle elle-même. Ceci apparaît comme d'autant plus vraisemblable que la Cour suprême, en tant que partie éminente de « la justice », semble jouir d'un taux de confiance élevé.

En 1995, un sondage anonymisé auprès des députés a porté sur leurs opinions concernant le « pouvoir » d'une sélection d'autres institutions par rapport à celui du Parlement : est-ce que vous considérez que ce pouvoir est trop grand, approprié ou trop petit ? Quant au pouvoir de la justice, une majorité écrasante a coché la case « approprié ». ⁷ Difficile de savoir, cependant, si la réponse exprime un niveau élevé de satisfaction active ... ou plutôt de l'indifférence pas rapport à des acteurs qui ne gênent le monde politique que très occasionnellement.

En tout cas, ce petit sondage vieux de 30 ans ne dit rien sur le regard que le monde politique pourrait porter sur la petite partie de la jurisprudence qui touche directement la question de savoir comment appliquer la norme constitutionnelle. Sur ce point, on serait plutôt amené à regarder du côté des réactions politiques suscitées par certains arrêts susceptibles d'en récolter. Or de telles opinions, dans la mesure où il y en a, porteraient plutôt sur le sens de l'arrêt, en particulier la question de savoir s'il convient aux opinions politiques préétablis sur la matière en question que sur l'institution de « justice constitutionnelle » elle-même.

« La grande affaire du climat » que la Cour suprême de Norvège a tranchée en 2020, en propose un exemple éminent. ⁸ Cependant, les réactions suscitées par trois affaires que la Cour suprême en formation plénière a adjudgées en 2010 sont plus éloquentes. ⁹ Dans les trois affaires, la majorité des juges ont refusé de faire application de dispositions législatives récemment adoptées par le Parlement, dont deux à la suite de débats âpres portant précisément sur la constitutionnalité des mesures en question, débats tenus aussi bien devant les commissions parlementaire respectives, qui ont entendu des experts juridiques, qu'en chambre. C'est sans surprise, alors, que les arrêts ont suscité de réactions parfois très négatives. Or aucune personnalité politique de premier plan n'a eu l'idée de contester le pouvoir du juge à décider en toute indépendance même en matière constitutionnelle.

3 – La légitimité « formelle » du juge constitutionnel norvégien

L'absence apparente de contestation notable depuis quelques décennies contraste avec les regards sceptiques ou franchement critiques sur l'institution même de contrôle juridictionnel si souvent manifesté par des leaders politique au cours du 19^e siècle et les premières décennies du 20^e. Comme déjà signalé, la jurisprudence norvégienne en matière

⁷ Sondage référé et commenté dans Eivind Smith, 'Høyesterett – en trussel mot demokratiet?' [La Cour suprême – un menace contra la démocratie ?], *Lov og rett* 1999 pp. 451 et s. part 4.3.

⁸ HR-2020-2472-P, commenté dans notre rapport sur le « constitutionnalisme » en Norvège, voir Annuaire 2024 pp. ** et s.

⁹ Rt. 2010 p. 143 (rederiskatt), Rt. 2010 p. 535 (OVF) et Rt. 2010 p. 1445 (krigsforbrytelse).

constitutionnelle s'est développée en l'absence de fondement explicite dans le texte de la Constitution. A coup sûr, le scepticisme ambiant dans le 19^e et le début du 20^e siècle aurait empêché d'y remédier par amendement constitutionnel. Même si toutes ont échoué, une série de tentatives en sens inverse qui ont montré le ton en en proposant l'abolition par disposition constitutionnelle explicite. De façon assez paradoxale alors, on a voulu abolir une institution qui – selon certains – inexistante.

Peu de temps après les trois « tests » en 2010 et incontestablement fruit du renversement assez récent des états d'âme à son égard, le système *de facto* bi séculaire de justice constitutionnelle en Norvège a été consacré sans grand débat par amendement constitutionnel adopté à l'occasion du bicentenaire de l'entrée en fonction de la Cour suprême en 2015. Ce faisant, le Parlement a remédié à la faille préexistante dans la *légitimité formelle* de la justice constitutionnelle en Norvège. Mieux encore, il l'a fait sans grand débat et avec comme but affiché de rendre l'institution plus visible. De cette façon, il apparaît que celle-ci est considérée comme une des clés de cet « Etat de droit » que l'article 2 de la Constitution énumère – depuis 2012 – parmi les « valeurs » que la Constitution est censée sécuriser.

Que la codification de la justice constitutionnelle s'inscrit dans un changement véritable de climat social est attesté aussi par le fait qu'il fait suite au paquet d'amendements constitutionnels adopté l'année précédente, c'est à dire à l'occasion du bicentenaire de la Constitution en 1814 elle-même. Le sens essentiel de cette réforme a été d'élargir la « catalogue » constitutionnel des droits de l'homme, but pour la plupart réalisé par la constitutionnalisation – en langue norvégienne – des principaux droits garantis par la Convention européenne de 1950. En d'autres mots, la constitutionnalisation formelle de la justice constitutionnelle a essentiellement été pensée comme un moyen de renforcer encore les mécanismes susceptibles de sécuriser les droits fondamentaux.

Telle qu'adoptée en 2015, la version du nouvel article 89 de la Constitution sur le contrôle juridictionnel a été formulée de façon à inviter une lecture concevant la fonction du juge comme pouvoir d'invalidation de la disposition législative contestée avec effet général, ou – autrement dit – comme l'expression d'un contrôle abstrait digne d'une véritable cour constitutionnelle spécialisée. Afin d'éviter un glissement correspondant de la jurisprudence, ainsi que pour compléter la disposition en y ajoutant le contrôle – préexistant lui aussi – de la légalité de l'acte administratif, le texte actuel en résulte d'une modification adoptée en 2020. Sans conteste, cependant, les deux versions reflètent point l'essentiel de notre propos : l'article 89 de la Constitution affirme explicitement le pouvoir de non-application de la loi en cas de violation de la Constitution de façon à rendre sa légitimité formelle incontestable.

Plus récemment encore, l'engouement actuel pour le juge – en général – comme vecteur essentiel d'un « Etat de droit » s'est manifesté par des nouvelles retouches au texte constitutionnel préexistant. Comme déjà mentionné, la société norvégienne semble tenir « la justice » haut en estime, et en notre époque, personne ne soutiendrait que son indépendance soit sérieusement menacée.

Dans une grande mesure, cependant, cette indépendance n'a été formellement garantie que par la législation ordinaire, soutenue – il est vrai – par une solide culture susceptible d'œuvrer en son support. C'est pourquoi un Parlement unanime vient d'insérer tout une série de dispositions à son égard dans le chapitre constitutionnel consacré au pouvoir judiciaire, le but en étant de formaliser certains éléments cruciaux de cette indépendance de façon solennelle. Sans intention de retoucher au statut juridique préexistant du pouvoir judiciaire, y ont été consacré entre autres la mention des trois niveaux du système judiciaire (article 87), le nombre maximal de membres de la Cour suprême, l'âge maximal de la mise en retraite (article 90 alinéa 2) et l'indépendance de l'administration de la justice (articles 90 alinéa 1^{er} et 91). Si en réalité frôlant effectivement le néant, les amendements assure au moins la protection supplémentaire que la procédure plus lourde d'amendement constitutionnel est supposée apporter.

Si cette volonté d'affermir encore une indépendance juridictionnelle déjà bien établie mérite mention par rapport à notre sujet sur la légitimité du juge en général, la question de celle du contrôle juridictionnel en particulier brille encore par son absence. En particulier, le risque qu'un système de recrutement de plus en plus mis entre les mains des juges aux-mêmes glisse effectivement vers un système à cooptation, même au plus haut niveau, n'a guère été évoqué. La question d'un besoin éventuel d'un mode particulier pour le recrutement des juges appelés à trancher les questions constitutionnelles en dernier ressort n'a absolument pas été touchée. Signer, peut-être, du profil relativement bas de la justice constitutionnelle comme élément du dispositif constitutionnel du pays.

4 – La légitimité « normative » du juge constitutionnel norvégien

Si la légitimité *formelle* du système norvégien de justice constitutionnelle peut désormais être considérée comme établie, en particulier par l'adoption du nouvel article 89 de la Constitution, elle ne suffit pas pour asseoir sa *légitimité normative*. Même une base constitutionnelle explicite d'un phénomène dénommé « justice constitutionnelle » risque de rester lettre morte dans la mesure où l'institution qui en est chargée ou la façon dont elle s'en quitte, ou les deux, prêteraient à nouveau à controverse radicale.

En d'autres mots, un fondement formel même incontestable du contrôle juridictionnel de la loi, tel que désormais établi en Norvège, serait insuffisant pour *justifier* un tel rôle pour des instances non élues. Avec *Habermas*, il faudrait également de poser la question de l'*Anerkennungswürdigkeit* soit de l'institution, de la norme ou de la pratique.

Celui qui envisage de s'y attaquer disposerait d'une montagne d'arguments déjà classiques et plus originaux. L'existence, au sein du système juridique en question, d'une « constitution » formelle dont les amendements requièrent le recours à une procédure plus difficile que la législation ordinaire étant présumée, étant donnée, on se contenterait ici d'en évoquer un tri.

La question la plus fondamentale nous semblerait celle de savoir si cette Constitution-là compte parmi le dispositif du *droit positif* en ce sens que la constitutionnalité d'une norme

législative ou – en cas de contrôle concret – celle de l'application d'une telle norme soit susceptible d'être porté devant un juge en dernier ressort. L'histoire des Constitutions modernes nous enseigne à souhait qu'une réponse positive ne va point en soi. Au contraire, la réponse générale y a été négative lors de la plus grande partie de cette histoire. Avant les deux expériences kelseniennes de l'entre-deux guerres, les exceptions les plus importantes ou, au moins, les mieux connues seraient celle constituées par la jurisprudence respective des Etats-Unis d'Amérique et de la Norvège.

A cheval, la question se pose de savoir si une Constitution faisant partie du droit positif de l'Etat en question en constitue aussi l'étage supérieur. Sans confirmation particulière par le texte lui-même, la réponse se situerait plutôt du côté de la procédure d'amendement précisément : en effet, une différence dans le sens indiqué ne représente pas beaucoup d'intérêt si le législateur ordinaire aurait néanmoins la main libre de faire ce qu'il veut.

C'est n'est qu'à partir de ce moment-là que se pose la question de savoir à qui se confier pour régler des conflits éventuels. En 1803, le *Chief Justice Marshall* a prononcé sa version fameuse de l'argument sur la position supérieure de la Constitution dans la hiérarchie des normes de droit comme pierre angulaire de la prétention de la Cour suprême des Etats-Unis d'occuper la position somme son gardien en dernier ressort ; au demeurant, on se souviendrait que cette affirmation ait été sans conséquence directe pour l'issue de l'affaire *Marbury v. Madison* (1803) En 1866, le président *Lasson* de la Cour suprême de Norvège a expliqué, lui aussi, pourquoi il revient au juge de ne faire application que de celle de deux normes en conflit qui occupe la position la plus élevée dans la hiérarchie. Cette fois-ci, la Cour a résolu l'affaire *Wedel Jarlsberg* devant elle en conformité avec le principe prononcé par son président.

Le développement spectaculaire en la matière dans le monde post-1945, et surtout post-1989, sont trop bien connus pour être exposé ici. Contentons-nous seulement de remarquer que dans la quasi-totalité des cas connus du droit comparé, il s'agit de systèmes de justice constitutionnelle explicitement établis par amendement constitutionnel ou comme parties intégrantes de nouvelles constitutions. Le plus souvent, les constitutions en question ont même pris soin d'explicitement la position privilégiée de la norme constitutionnelle.

Et alors, la question de la légitimité normative de la justice constitutionnelle serait-elle résolue une fois pour toutes ? Même en laissant la question épineuse de la possibilité de contrôle juridictionnel sur le pouvoir constituant dérivé à côté, la bonne réponse est évidemment négative. Afin d'arriver à une réponse contraire, alors, il faudrait apporter de réponse convaincante à au moins deux questions supplémentaires.

Avant de s'y attaquer, passons par rappeler que le contrôle juridictionnel pourrait porter sur trois aspects principaux de l'acte attaqué, à savoir *la procédure* suivie pour l'adoption de la disposition contestée, *la og les institution(s)* dont cette disposition émane et *la signification matérielle* de celle-ci. Par la suite on ne s'en intéresse qu'au dernier aspect.

La première des questions épineuses que l'on rencontre sur le chemin de la légitimation générale de la justice constitutionnelle part d'un constat banal parce que fondamental : adjuger une affaire en conformité avec une norme constitutionnelle dont la signification

apparaît comme claire, ne soulève guère de question quant à la légitimité du jugement. La vraie question se pose dès que la signification de la norme applicable prête à doute raisonnable. Comment défendre, alors, que la résolution de tels doutes soit confiée à un juge plutôt qu'au pouvoir législatif lui-même, tel que par le passé ? En principe, tout système constitutionnel à caractère démocratique contient d'autres éléments censés tenir les divers pouvoirs constitués à leur place, tels que système bicaméral, contrôle juridique (ou autre) *ex post* ou au préalable, nécessité de consentement d'au moins deux pouvoirs distincts pour qu'une « loi » devienne loi, etc. A ceci s'ajoutent le contrôle fondamental exercé par les électeurs, en premier lieu, mais aussi celui assuré tant bien que mal par les médias.

A l'origine de l'époque des constitutions modernes, les divers pouvoirs constituants ont considéré que l'ensemble des jeux inter-institutionnels allaient suffire pour s'assurer que les constitutions en question soient suffisamment observées. L'histoire des deux siècles et demi en question nous enseigne aussi qu'assez souvent, ils ont eu raison ; les Pays-Bas nous proposent un exemple encore vivant. En effet, l'effondrement de la plupart des systèmes constitutionnels en question n'est pas dû à un désaccord sur l'interprétation exacte de telle ou telle norme constitutionnelle, mais à un coup, une révolution, une invasion ou un autre événement se situant bien en dehors du champ d'interprétation légitime.

En outre, l'histoire moderne nous enseigne que la santé d'un système démocratique ne dépend pas de la présence d'une jurisprudence très étoffée en matière constitutionnelle. Sauf litiges vraiment cruciaux pour la santé du système constitutionnel en question, qu'il nous soit permis de penser que certaines impressions empiriques iront plutôt en sens inverse. En tout cas, le palmarès de « notations » internationales relatives au caractère « démocratique » de nos Etats ne nous semble pas du tout aller à des Etats caractérisés par une justice constitutionnelle très active.¹⁰ Si la justice (au sens général) reste un élément indispensable au sein de tout système constitutionnel démocratique, ne serait-il plutôt qu'un nombre très élevé de sollicitations du juge constitutionnel signifie des défaillances dans le fonctionnement du système constitutionnel en question ?

En cas de doute raisonnable quant au contenu de la norme constitutionnelle, l'argument contre-majoritaire reste-t-il sans doute en tout cas le principal obstacle à la légitimité de la justice constitutionnelle. Parmi les arguments susceptibles de le contrer, il convient d'en mentionner au moins deux.

Quant à celui qui insiste sur *l'indépendance du juge*, l'argument principal est évidemment le fait que toute majorité soit susceptible de dépasser ses pouvoirs propres au détriment d'autres. Dans la mesure où le juge constitutionnel jouit d'un niveau élevé d'indépendance formelle et arrive à s'en servir de façon convaincante auprès des parties aussi bien qu'auprès du public, il aurait toute chance de pouvoir remplir son rôle aussi bien en faveur de la minorité (au sens large) qu'en faveur de la majorité en place. A ce moment-là, il s'agit incontestablement d'un argument de poids en faveur de l'application correcte de la norme constitutionnelle.

¹⁰ Voir par exemple l'index établi par The Economist [Democracy index, 2024](#)

Encore faudrait-il savoir qui occupe le siège de juge constitutionnel. Sur ce point, les débats entourant les diverses techniques de nomination susceptibles de tenir compte des sensibilités – ou, du moins, des apparences – politiques de celui-ci en accordant un rôle-clé au Parlement, à une combinaison d'autres pouvoirs constitués, ou autres, sont trop bien connus pour qu'il vaille la peine de les récapituler ici ; ajoutons d'ailleurs que l'horizon comparé récent a mis en lumière certaines faiblesses du modèle à cour constitutionnelle spécialisée dans des Etats à tendance autoritaire. Il convient néanmoins, dans un rapport sur les spécificités du modèle norvégien, de rappeler l'unicité du système juridictionnel et, par conséquent, l'absence de modes de recrutement – même à la Cour suprême – susceptibles de favoriser la prise en compte de la familiarité des postulants avec le phénomène constitutionnel.¹¹ La cas échéant, ce trait de caractère inciterait peut-être à se demander en vertu de quelle légitimité un tel juge s'aventurerait sur des chemins créateurs de droits.

Un deuxième argument susceptible de contrer celui qui insiste sur la prééminence de la majorité politique, insiste sur le rôle que *la procédure juridictionnelle* pourrait jouer pour amadouer la position du juge au sein du dispositif constitutionnel. Le développement de la procédure devant le Conseil constitutionnel français en appui, il convient évidemment de commencer par un rappel aux différences entre les instances en question. Cette réserve assumée, l'idée de base serait tout simple : tandis que la « procédure » de la société politique en grand a tendance à favoriser les plus forts, le juge n'a d'autres chose que de rechercher cette sorte d'équilibre entre les parties qui ne peut être réalisé qu'en laissant une parole aussi égale que possible aux deux ... et en les entendant dans la mesure où leurs arguments le méritent.

Les deux « procédures » se distinguent aussi par ce que le juge soit tenu à justifier son arrêt par écrit en se référant aux normes juridiques applicables, tandis que la simple présence d'une majorité en son faveur suffit comme justification de la loi votée. A l'occasion, le débat public pourrait évidemment contribuer à combler le vide créé par l'absence de justification formelle de la part du législateur. Or des considérants bien faits établis d'un juge pourrait à la fois aider la partie perdante à accepter le bien-fondé de sa perte et convaincre un public plus large du bien-fondé de la position juridictionnelle adoptée.

Supposant qu'un degré de légitimité satisfaisant ait été établi en faveur d'un système donné de justice constitutionnelle, il nous reste une *deuxième question* : comment « résoudre » une question constitutionnelle en cas de doute raisonnable. La question est de nature générale, touchant entre autres à la méthodologie juridique et à la spécificité éventuelle du droit constitutionnel. Une distinction courante porte aussi sur la question de savoir si la norme en question touche à l'inventaire institutionnel de la Constitution ou plutôt sur l'étendue de sa protection des droits et libertés (et lesquels ?). Dans le domaine des droits, la prise en compte éventuelle de la norme internationale (dont la CEDH) pourrait encore aiguïser le poids accordé à celle-ci, cas de figure que la justice constitutionnelle norvégienne exemplifie en largement se baser sur des dispositions constitutionnelles récemment (2014)

¹¹ Voir par exemple nos développements là-dessus dans le rapport norvégien à paraître dans l'AIJC 2025.

adoptées afin d'assurer aux dispositions principales de la Convention européenne la protection supplémentaire offerte par la procédure d'amendement.

Cependant, la question de l'espace légitime d'interprétation se pose le plus souvent, dans le quotidien politico-juridictionnel, par rapport à des cas spécifiques, c'est-à-dire par rapport à l'usage que le juge doit ou a fait de son pouvoir dans telle ou telle affaire spécifique, en particulier celle de nature controversée. Par la suite, on se cantonnera de faire mention de quelques éléments susceptibles d'informer de tels débats.

Avant tout, il importe de mettre en garde contre une tendance oh combien humaine de mélanger sa position sur la question du fond factuel d'un jugement et sur celle du fondement juridique de celui-ci. Sans doute simplifiant à excès, l'on serait toujours tenté de mieux aimer un arrêt qui va dans le sens favori par son opinion politique, ses intérêts financiers, sa sympathie avec la victime ou autre sentiment parfaitement légitime en soi. Or la justice n'a d'autre possibilité de se bâtir une légitimité durable qu'en développant une succession de justifications juridiques convaincantes, dans chaque cas individuel, bien entendu, mais aussi – et surtout – dans la durée.

Trop souvent, la méconnaissance de la nécessité de se fier davantage au raisonnement juridique d'un résultat qu'à ce résultat lui-même se fait sentir. Or une panoplie de positions différentes existe quant à la question de savoir quel raisonnement est convaincant en cas de doute sérieux. Ceci est vrai dans le domaine juridique en général, mais surtout, peut-être, en matière constitutionnelle. Le temps ne permet pas de passer en revue une série de telles positions théorique, revue d'ailleurs qui en toute vraisemblance risque de ne satisfaire personne.

Pour l'occasion, on se contentera alors de consacrer quelques mots à une profession de foi position modérément « positiviste », en partie développé sur fond d'une partie de l'argumentation contemporaine en faveur du « développement » des droits fondamentaux par voie juridictionnelle. Une telle argumentation est bien connue dans le domaine de la Convention Européenne de Droits de l'Homme, instrument dont le contenu actuel tel que développé par la Cour de Strasbourg n'a parfois que peu à voir avec le sens incontestablement fixé par les mots adoptés en 1950. Le nœud de ce développement se trouve évidemment dans la doctrine juridictionnelle érigeant la Convention en « instrument vivant » dont la fixation du contenu dépend de ce que le juge autorisé lui-même trouve admissible ou même nécessaire en chaque époque.

En marge du domaine régi par la seule Convention Européenne, la multiplication des affaires juridictionnelles motivées par la crise climatique nous offrent une multitude d'exemples où l'argumentation des requérants semble trahir une volonté d'obtenir que la jurisprudence « évolue » dans un sens plus favorable à la lutte contre le dérèglement ambiant. La justice constitutionnelle norvégienne aussi nous en offre.¹²

Dans la mesure où de telles « évolutions » s'inscrivent aisément dans le cadre d'une lecture loyale du texte constitutionnel effectivement adopté, elles ne soulèvent pas de problème de

¹² Contribution norvégienne à l'AIJC 2024.

légitimité particulier. Or cette frontière est souvent élastique. Quitte à admettre alors qu'elle ne se trace pas toujours de façon objective : quoi dire quand l'argument et – *a fortiori* – le verdict la dépasse au nom de la bonne cause ?

Une approche « modérément positiviste » à l'interprétation constitutionnelle implique notamment qu'au lieu de se fier au juge pour faire évoluer le droit dans la direction souhaitée, l'attention devrait se porter – au-delà d'une certaine limite – sur le rôle des pouvoirs politiques compétents pour remédier ou non à la norme conventionnelle ou constitutionnelle dans le sens souhaité. L'expérience récente aurait même tendance à nous rappeler que les progrès éventuellement formalisés par voie constitutionnelle ou législative seront plus robustes que les dictons sous forme de justifications juridictionnelles. En version extrême, la saga du droit à l'avortement aux Etats-Unis servira comme exemple.

En début de sa carrière universitaire, l'auteur de ces lignes a eu la grande chance de passer du temps (à Salzbourg) en la compagnie de l'éminent professeur de droit constitutionnel à la Stanford Law School, *Gerald Gunther* (1927-2002). D'une famille juive d'origine allemande qui a su fuir au bon moment, il se considérait comme une sorte de « socialdémocrate » à l'européenne. Par conséquent, il m'a dit, il aurait dû apprécier l'activisme de la Cour Suprême fédérale en faveur des droits civiques. Or il savait aussi que s'il l'avait soutenu en tant que juriste, il n'aurait intellectuellement d'autre choix que d'accepter des verdicts politiquement inverses de base juridique également faible. Sa solution a été de garder ses distances des deux côtés.

Une telle position ne résout en rien tous les problèmes d'interprétation que posent nos Constitutions. Or elle nous offre au moins un point de départ qui laisse les choix, dans les cas où la Constitution n'offre pas de réponse raisonnablement claire, à des instances politiquement responsables. Sans doute ce raisonnement guntherien m'inspire-t-il encore.