

(Version provisoire)

Des « nouvelles frontières du constitutionnalisme » dans le Grand Nord ?

Eivind Smith,

Professeur de droit public à l'Université d'Oslo

I – « Constitutionnalisme » ?

a) Référence à la Constitution nationale issue de l'époque des lumières ?

Un observateur naïf ou peu familier avec un certain discours contemporain en philosophie politico-constitutionnelle aurait pu croire que le mot « constitutionnalisme » ne fait que désigner un sentiment d'obligation par rapport à la constitution de son pays ou même un certain dévouement à son égard. Si le pays en question était doté d'une constitution d'âge vénérable, constitution qui, de plus, est généralement tenue haut en estime, une telle impression s'avérerait d'autant plus justifiée.

Cet État pourrait effectivement être la Norvège, dont la constitution de 1814 tient avant tout sa forte valeur symbolique positive à sa fonction historique comme acte de naissance de l'État norvégien moderne.¹

En d'autres mots, il s'agit alors d'un acte qui a véritablement « constitué » l'État moderne que l'on connaît aujourd'hui encore. En ce sens, le regard « naïf » correspondrait bien avec le socle de la vision constitutionnaliste des Lumières, qui insiste sur le droit du « peuple » à fixer les règles et les institutions établissant son propre gouvernement. Inhérente y est aussi l'obligation au moins morale des citoyens de respecter les décisions rendues par les institutions constituées – à condition cependant que celles-ci respectent certains droits minimaux. En cas de violations majeures de ces droits, ce serait le droit de résistance populaire à l'oppression qui entre en jeu.

On serait tenté de comparer le statut populaire de la Constitution de Norvège avec celle, plus ancienne encore, des États-Unis d'Amérique. Il est vrai que l'exaltation imparablement vouée à celle-ci dépasse de loin celle manifestée par le norvégien ordinaire devant celle-là. Or les deux peuples pourraient bien partager le culte d'une « constitution » dont la plupart des citoyens respectifs ignorent à peu près tout de ce qui se trouve effectivement inscrit dans le texte vénéré. Or un degré même élevé d'ignorance quant au contenu réel de la

¹ Voir notre « Constitution, histoire et mémoire : Norvège », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle XXXVIII*, *Economica* (2023) pp. 555-572.

Constitution en question, ne serait sans doute de nature à empêcher le « peuple » de se faire certaines idées sur un certain nombre de leurs traits fondamentaux. Pour l'occasion, on s'aventurerait à n'en suggérer que quelques des idées fondamentales dans la doctrine des Lumières, doctrine dont les deux Constitutions en question elles-mêmes sont issues. Même si les textes en question ont retenu des variantes diverses de cette doctrine, la plupart de leurs sujets adhèreraient sans doute à certaines grandes idées telles que « démocratie », « séparation des pouvoirs » et « droits de l'homme ». L'article 121 de la Constitution de Norvège (sur la procédure d'amendement constitutionnel) parle même – depuis 1814 – des « principes » de la Constitution comme autant de limites au pouvoir constitutionnel dérivé.

Approchée ainsi, l'adhérence assez générale à la Constitution de Norvège relèverait alors d'un « constitutionnalisme » parfaitement classique ou bien – selon le professeur Luciani – d'un « constitutionnalisme proprement dit ».

b) Du « néo-constitutionnalisme » ?

Notre mot-clé n'a jamais pris position du langage populaire ou professionnel norvégien. Dans la littérature sur le droit constitutionnel norvégien en langue norvégienne, en tout cas, il semblerait au contraire que la seule référence actuelle du mot se trouve dans notre « Démocratie constitutionnelle »,² plus précisément dans un chapitre consacré à la question de savoir ce qu'est une « constitution » (ch. II). Or là, il ne s'agit pas de caractériser et de faire usage du concept « constitutionnalisme » classique qui a inspiré les pères fondateurs et dont on trouve encore trace dans la Constitution nationale, même de façon bien modifiée.

Au contraire, le texte se propose, en quelques mots, de présenter aux lecteurs un mode d'emploi où le mot « constitutionalisme » est mobilisé afin de désigner « un idéal ou une recette de bonne gouvernance ».³ Il prétend tout simplement qu'en tout cas dans la littérature anglophone contemporaine, le mot-clé sert plutôt comme référence non seulement un « ensemble de normes ou principes relatifs au comportement politique auxquels une constitution *devrait* satisfaire ». En plus fort, il arrive aussi qu'il réfère à un ensemble de normes qui, selon les auteurs en question, « valent » malgré le fait qu'elles soient sans fondement raisonnable de dans le texte constitutionnel effectivement adopté :

« A law that is not in conflict with the express provisions of a particular constitution may nevertheless be unconstitutional because it is in conflict with accepted constitutional norms. »⁴

Une telle mode de raisonnement mène directement d'un constitutionnalisme « classique » à une pensée qui, avec notre collègue Luciani, pourrait être qualifié comme « néo-constitutionnaliste ». En particulier, elle dépasse nettement la distinction entre des valeurs et principes que l'on souhaiterait voir adoptés comme droit positif à valeur constitutionnelle

² Première édition (2009). Dans la sixième édition (2024), voir p. 55.

³ Avec références à Robert L. Maddex, *Constitutions of the World* (exemple) et Martin Loughlin, *Against Constitutionnalism* (contre-exemple) à l'appui.

⁴ Maddex, *Constitutions of the World* (1996), p. 321.

(*sollen*) et ceux qui feraient déjà partie du droit constitutionnel positif (*sein*), même sans le consentement des pouvoirs constitutionnels compétents. Une telle position aurait tendance à brouiller la distinction entre argumentation sur le contenu actuel du droit et critique de la norme constitutionnelle existante, argumentation tout à fait légitime, et argumentation à partir de normes sans fondement aucun dans la constitution actuelle.

À la limite, la pensée néo-constitutionnaliste semblerait mener à une position qui rendrait impossible l'observation et la prise en considération de telle ou telle « constitution » du monde tout simplement parce qu'elle contient des normes que les auteurs en question trouvent « in conflict with accepted constitutional norms ». Il est vrai que pour la plupart des « occidentaux », la Constitution de la République populaire de Chine, par exemple, contient des éléments (tels que le rôle prépondérant allotté au Parti communiste) qui apparaissent inacceptables. Quant à nous, on trouve néanmoins inacceptable d'en tirer la conclusion que la République populaire de Chine n'a point de « constitution ». En plus, il serait aussi bien plus réaliste que potentiellement fertile de discuter tel ou tel trait de la loi fondamentale de la Chine de façon critique, mais tout en tenant compte d'autres éléments de poids tels que l'histoire de cet État, son développement socio-économique ou la géopolitique asiatique, pacifique et au-delà.

Dans l'histoire générale du monde « occidental », on a la chance de vivre une phase où les progrès principaux du constitutionnalisme « classique » semblent s'être installés dans la conscience collective de façon durable. On aura tendance à y croire malgré le fait que dans les textes ou pratiques constitutionnels, ils se manifestent dans des variantes diverses que ne les reflètent que rarement de façon parfaitement fidèle. On aura tendance à y croire aussi que dans la mesure où les textes ou les pratiques constitutionnels de certains États en dévient sur des points importants, les fondamentaux du constitutionnalisme « classique » nous offrent un socle plutôt solide pour les critiquer.

c) Des positions intermédiaires ?

Par rapport à la prétention qu'une constitution pourrait être « non valide » parce que (selon moi) « non acceptable », on se contentera tout simplement, ici, de se déclarer en désaccord. Par rapport au « néo-constitutionnalisme » en général, il faudrait cependant se garder de trop y voir en blanc ou noir. Chez Maddex déjà, la possibilité de positions intermédiaires apparaît nettement avec la mention de la possibilité d'argumenter sur la base de ou bien en faveur à un « ensemble de normes ou principes relatifs au comportement politique auxquels une constitution *devrait* satisfaire ». En de tels cas, l'idée d'argumenter sur ce que la constitution devrait dire (« de lege ferenda ») ou sur la façon de l'implémenter cas par cas (« de sententia ferenda ») ne saurait pas en elle-même nous faire révolter. À la limite, ce ne serait que la référence à d'un « ensemble » tout fait qui pourrait éventuellement revêtir une telle capacité.

En général, critiquer le dispositif constitutionnel existant serait parfaitement légitime. Il nous semble cependant que la légitimité en dépendrait de son caractère visiblement extérieur, en ce sens qu'il s'agit de critiques tenant à obtenir soit que le texte constitutionnel soit amendé

en correspondance, soit que l'interprétation en change au profit d'une interprétation plus en conformité avec les arguments sur lesquels la critique est basée.

S'il s'agit d'efforts de « vendre » tout un système de pensée alternative à celui sur lequel la Constitution repose, il faudrait sans doute faire appel à d'autres formes de vigilance. Or la plupart des versions plus ou moins poussées de « libéralismes » tels que semblent inspirer certains « néo-constitutionnalistes » ne revêtent guère d'aspects illégitimes en elles-mêmes. Il va de même quand l'argumentation se base sur des valeurs d'inspiration plus récente, telles que la nécessité de combattre le dérèglement climatique.

Il nous semble judicieux, alors, d'évaluer les arguments « néo-constitutionnalistes » en fonction de leurs sources d'inspiration et des conséquences que leur mise en œuvre seraient susceptibles d'entraîner. En ce faisant, il serait impératif de ne tenir compte non seulement des intérêts des individus ou des minorités en question, mais tout autant des besoins de la collectivité politique dont ils font nécessairement parties.

d) Du droit matériel au rôle du juge

Le courant « néo-constitutionnaliste » pourrait sans doute être divisé en deux composants : En premier lieu, le contenu matériel – ou encore la substance – des « normes de référence » invoquées. En deuxième lieu, la ou les instances ou procédures auxquelles on fait appel pour les mettre en œuvre.

D'un point de vue matériel, il s'agirait souvent de valeurs inspirées d'un certain libéralisme qui mise souvent sur des « droits de l'homme » de telle ou telle nouvelle « génération ». D'inspiration plus récente, on y trouve fréquemment des arguments tirés de la protection de la biodiversité, la promotion des droits de telle ou telle minorité ou la nécessité de lutte contre le dérèglement climatique.

Quant aux procédures, l'argumentation relative aux points matériels a tendance à aller de pair avec une certaine insistance sur la voie jurisprudentielle devant des juges de toutes sortes (administratif, constitutionnel ou de vocation générale). Il arrive même que l'on s'y mette à deviner un certain « culte du juge », ce qui risque en son tour de troubler les relations entre les pouvoirs constitutionnels telles que généralement imaginées dans l'optique du constitutionnalisme « classique ». En particulier, il serait question de la répartition des pouvoirs entre les institutions qui, au moins en principe, œuvrent sous responsabilité politique directe auprès l'électorat, d'une part, et les institutions dont l'œuvre se justifie en principe par être liées par des normes adoptées précisément par les institutions censées travailler sous responsabilité politique.

Les relations intimes entre les dimensions substantielle et institutionnelle des courants « néo-constitutionnalistes » auraient tendance à entraîner une argumentation qui insiste sur le rôle particulier du juge pour intervenir en faveur des considérations ou intérêts en question.

Quelles normes sans fondement constitutionnel exprès le juge pourrait-il alors légitimement qualifier de « constitutionnelle » en tant que partie du droit constitutionnel positif ? Chacun sait qu'un certain effort de « interprétation » est toujours nécessaire afin qu'un texte – même constitutionnel – soit doté d'un contenu suffisamment précis pour être appliqué à un problème donné ; en principe, le juge n'est jamais quelqu'un qui ne fait que « prononcer les mots de la loi ».

La nécessité d'interpréter nous entraîne sur un plancher qui relie le contenu de la norme telle qu'issue d'une lecture assez littérale ou généralement acceptée comme légitime d'un texte à valeur normative et un résultat qui incontestablement s'en écarte. Plus souvent que non, ce plancher a tendance à se montrer glissant. Parfois, il s'avère incapable de relier les deux extrêmes de façon crédible. Donner préséance à une « interprétation » qui s'écarte nettement d'une interprétation plus ou moins littérale mène nécessairement vers la question de la légitimité (normative) d'un tel choix : Devrait-on « accepter » le résultat parce que l'on aime bien son contenu (un droit « constitutionnel » à l'interruption volontaire de grossesse façon *Roe v. Wade* [1973], par exemple), ou serait-il à condamner parce que non basé sur une lecture passablement positiviste de la Constitution ? Voici au moins une partie importante du dilemme auquel certains courants « néo-constitutionnalistes » auront tendance à nous mener.

Comme justement suggéré par notre collègue Massimo Luciani, ceux qui ont tendance à partir d'une exaltation de certains « principes » ou « valeurs » de philosophie politique ou autre, afin de pouvoir en « déduire » la norme « juste » qui *devrait (sollen)* être consacrée par le juge constitutionnel à l'aide de saisines ponctuées. Une telle tendance va souvent de pair avec une certaine exaltation du juge constitutionnel comme organe habilité pour interpréter le texte constitutionnel en question en conformité avec les valeurs prescrites. Il serait alors au juge de « dire le droit (constitutionnel) » du moment sans trop s'inquiéter pour comment le justifier par référence au texte de la Constitution.

En général, la constitution confie le dernier mot quant à l'interprétation de son texte (sous réserve d'amendements à venir) à un juge. Or se référer au verdict d'un juge constitutionnel quelconque serait insuffisant pour légitimer de réponses bien à l'écart de ce que résulterait d'une lecture « simple » du texte constitutionnel. Au contraire, ce serait encore l'équilibre institutionnel au sein d'un État établi sur la base d'un constitutionnalisme fondé sur la souveraineté populaire qui est mis en jeu.

II – « Constitutionnalisme » à la norvégienne

Au lieu de se livrer à une discussion plus détaillée de tels dilemmes, on se tiendra par la suite à la tâche principale d'un rapporteur national, à savoir proposer quelques réflexions sur les manifestations de courants « néo-constitutionnalistes » et leurs conséquences éventuelles, dans nos États respectifs. Par la suite, on se permettra donc de commenter, d'abord, la question de savoir quels « principes » ou « valeurs » qui sont en jeu dans la discussion contemporaine sur la Constitution de Norvège, en passant, ensuite, à quelques mots sur le rôle de la justice constitutionnelle dans une telle perspective.

a) *Les institutions*

Comme déjà mentionné, le mot « constitutionnalisme » a peu de place dans le discours actuel sur la Constitution de Norvège ou sur ce qu'elle devrait être. De toute évidence, cependant, ceci ne signifie pas que le débat « constitutionnel » ignore un certain nombre de « principes » ou « valeurs » susceptibles de retrouver ici et là dans le débat contemporain relevant de ce que l'on pourrait qualifier de néo-constitutionnaliste.

Sous réserve de ce que sera dit plus loin sur le rôle du juge, l'une des conséquences en est que les institutions constitutionnelles actuelles n'attirent pas des grands débats. Les mécontents seront toujours... mécontents. Or le régime à base parlementaire avec représentation assez proportionnelle semble généralement satisfaire tout le monde. Ceci vaut bien malgré, ou plutôt parce que, la population est bien accoutumée à être gouvernée par des coalitions qui, plus souvent que non, ne sont assises que sur une minorité au sein du Parlement. En effet, le pays a tendance à se retrouver au sommet ou dans le peloton de tête des classements internationaux des États les plus démocratiques de notre monde.

De première vue, l'article 2 de la Constitution semble conforter une telle impression. Il ne date pas de 1814, mais doit plutôt être compris comme l'un des derniers résultats du démantèlement graduel de l'un des traits fondamentaux retenus par l'Assemblée constituante, à savoir l'État confessionnel dotés de « services publics ecclésiastiques » désormais (depuis un siècle) appelés « Église de Norvège ». Depuis 2007, il énonce alors (notre traduction) que « les valeurs fondamentales » – celles de la Constitution, de l'État, des citoyens ? – « demeure l'héritage chrétien et humanistique. Cette Constitution a comme vocation de sauvegarder la démocratie, l'État de droit et les droits de l'homme ».

Conçu comme élément du compromis entre les défenseurs de ce qui restait encore du socle constitutionnel de l'Église strictement étatique et ceux qui voulaient s'en débarrasser complètement, personne ne semble sérieusement s'imaginer l'invocation de « l'héritage chrétien et humanistique » comme base à une juridiction censurant – par exemple – une loi pour ne pas être suffisamment « chrétienne ».

Quant à la deuxième phrase, en revanche, les choses pourraient être conçues de façon un peu différente. De prime abord, l'énumération y contient tellement de contradictions internes qu'elle se prête mal à servir comme norme juridique à vocation de servir à régler des situations concrètes : Par exemple, la notion « droits de l'homme » pourrait, dans certaines conceptions, apparaître comme contraire à « la démocratie » conçue comme gouvernement par la majorité ; ce trait serait renforcé par le fait que la phrase se réfère à un ensemble apparemment clos de tels droits (« *les droits...* »). Il en va de même avec une notion de « État de droit » qui engloberait un élément de contrôle juridictionnel de la loi. Et ainsi de suite.

En sens inverse, cependant, la phrase en question se sert incontestablement de mots dotés d'une forte valeur symbolique – des « *honnørord* » (mots gagnants) : qui serait « contre » à « démocratie » ou les « droits de l'homme » ? C'est pourquoi il faudrait sans doute attendre

avant de déclarer la mort juridique de deuxième phrase de l'article 2 aussi. En revanche, la « démocratie » à la norvégienne se porte plutôt bien et « les droits de l'homme » trouvent déjà – on le verra – bien d'ancrage dans le droit écrit norvégien. Sans doute est-ce pourquoi c'est surtout à la notion à multiples connotations possibles qu'est le « État de droit » que certains auteurs juridiques font appel, notamment comme point d'appui à des arguments en faveur de tel ou tel renforcement de la protection de l'indépendance de la justice. Relève-t-il tout à fait du hasard qu'une telle argumentation s'accommode plutôt bien cette veine prépondérante dans les « néo-constitutionnalismes » communs qu'est l'importance accordée à la figure du juge comme instance appelé à formuler et à appliquer des droits susceptibles de répondre aux « besoins » de notre temps ? On y reviendra.

b) Les droits

Dans le domaine des droits, les choses se passent assez différemment. Le débat y est parfois vif, tel qu'entre autres par rapport aux mesures politiques lors de la pandémie. Par rapport au texte de la Constitution, il s'est néanmoins beaucoup calmé à la suite d'une réforme qui, en 2014, regroupement de la plupart des dispositions relatives aux droits de l'homme dans un nouveau chapitre de la Constitution tout en y ajoutant les droits inclus dans le corpus de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 (CEDH). Ceux qui ne trouvent place que dans les divers protocoles additionnels n'en font cependant partie, et les dispositions nouvelles ne reprennent celles du chapitre II de la CEDH qu'en version simplifiée.

Cette réforme a été conçue et préparée en vue du bicentenaire de la Constitution elle-même. Elle n'avait pas pour but d'élargir le champ protégé par les droits CEDH en question, mais seulement de les assurer la protection supplémentaire qu'offre en principe leur élévation parmi les dispositions qui peuvent seulement être modifiées ou abolies par amendement constitutionnel. Pour en saisir la signification, il convient donc de se rappeler, d'abord, qu'à la fois les droits originaux de la CEDH et la plupart de ceux consacrés par les protocoles additionnels avaient déjà été introduits dans le droit national norvégien en vertu de législation ordinaire. En outre, la justice nationale y avait déjà prêté beaucoup d'attention, parfois jusqu'à forcer l'interprétation de la loi nationale afin de la rendre conforme aux obligations selon la CEDH.

La jurisprudence post-2014 s'est développée en généralement faisant référence aux droits « européens » tels que consacrés par la Constitution, mais en immédiatement y ajoutant une référence aux dispositions conventionnelles qu'ils sont censés refléter. Sur ce point, importe alors de se souvenir qu'il s'agit de dispositions constitutionnelles adoptées sans intention d'élargir leur champ d'application par rapport au droit national préexistant, en n'insistant que sur les droits conventionnels « de base » et sans les doter des paragraphes supplémentaires que la CEDH consacre à la possibilité de limiter l'étendue des droits « relatifs » pour cause d'ordre ou santé publics, etc.

C'est sans surprise alors que l'on observe les considérants de la Cour suprême de Norvège le plus souvent passer directement de la référence à la Constitution à l'interprétation du droit

conventionnel en question sans ambition apparente de développement autonome de la disposition constitutionnelle correspondante. Sans surprise aussi, la Cour se réfère de façon très active à la jurisprudence strasbourgeoise en la matière. Quitte à constater qu'une telle approche a évidemment tendance à mener le juge constitutionnel national vers une position de subordination d'une cour européenne sans position formellement supranationale par rapport au droit norvégien.

Jusqu'alors, le dilemme inhérent qui se présenterait dès le moment où la jurisprudence européenne développe la portée de tel ou tel droit nettement au-delà de ce que le pouvoir constituant dérivé a bien pu prendre en considération en mai 2014 ne s'est manifesté de façon aiguë.

À la tendance « internationaliste » qui s'est développée par rapport aux « nouveaux » droits constitutionnalisés en 2014, il convient d'ajouter que la CEDH n'est pas la seule convention internationale domestiquée par législation ordinaire. Selon la loi générale de 1999 sur le « renforcement de la position des droits de l'homme dans le droit norvégien » (avec des ajouts plus récents), il s'agit notamment des deux « grandes » conventions onusiennes sur les droits économiques, sociaux et culturels et sur les droits civils et politiques, de la convention de 1989 sur les droits de l'enfant et de celle de 1999 sur l'élimination de toute forme de discrimination de femmes. À celle-ci s'ajoutent d'autres pièces législatives relatives à d'autres conventions. En tout, il s'agit alors d'une masse considérable de droit dotée d'un statut incontestable de droit national même de qualité législative.

Ceci appelle au moins deux remarques plus générales. D'abord, l'essentiel du débat sur les « nouveaux » droits ou sur l'élargissement de ceux qui sont déjà consacrés par la loi ou par la Constitution, circule autour de la mise en œuvre de tel ou tel partie du droit national relatif aux handicapés, aux minorités nationales (notamment les Samis), etc. Si un certain nombre de ces droits relèveront sans doute du « droit constitutionnel » selon certains critères substantiels, ce n'est pas le cas si l'on passe au niveau des droits formellement constitutionnels.

À l'exception de certains droits reconduits de l'époque pré-2014 et toujours importants (sur la propriété, la liberté d'expression et la non-rétroactivité, par exemple), alors, les débats relatifs aux droits s'inspirent bien plus des sphères législatives et – surtout – internationales, que de la Constitution formelle, de sa mise en application et des perspectives de la réformer en profondeur. En quelque sorte alors, les conventions internationales domestiquées se sont érigées en autant de paratonnerres avec comme fonction effective de mettre la Constitution de Norvège à l'abri des tentations néo-constitutionnalistes.

III – Le rôle du juge

a) Le juge constitutionnel

Le passage de la substance de la Constitution au rôle du juge constitutionnel pourrait, lui aussi, se faire sans nécessiter le recours à l'expression « néo-constitutionnalisme », effectivement peu connue et en tout cas peu utilisée en Norvège.

Il serait néanmoins possible d'y en identifier certains reflets sous forme de vœux purs que le juge prenne en considération tel ou tel souci du temps, dans la mesure où les pouvoirs politiques n'ont pas suivi d'une façon que les acteurs trouvent suffisante.

De quel juge constitutionnel s'agit donc ? Comme on a souvent eu l'occasion de rappeler dans cette enceinte, le contrôle juridictionnel de la loi s'est développé en Norvège à partir des années 1820 déjà. Non reconnu dans la Constitution écrite que depuis 2015, le contrôle est apparu dans la jurisprudence, notamment celle de la Cour suprême en tant que dernier juge d'appel, jurisprudence que les pouvoirs législatif et exécutif ont systématiquement respectée.

Depuis 2020, la version actuelle de l'article 89 détaille de façon assez exacte les grands traits d'un système à contrôle concret, *ex post* et « diffus » en ce sens que tout juge est tenu à fonder ses verdicts sur la norme constitutionnelle dans la mesure où elle serait applicable par rapport au cas traité. Dans la pratique cependant, les cas susceptibles de soulever des questions « sérieuses » de constitutionnalité seraient toujours portés devant l'instance suprême par voie d'appel. L'absence de juridiction qui répond aux critères minimaux du « modèle européen », y compris en ce qui concerne les modes de recrutement, ne signifie cependant qu'aucune « cour constitutionnelle » proprement dite n'est à l'œuvre.

À noter serait-il aussi qu'aussi bien l'absence de spécialisation (sous forme de tribunal administratif, par exemple) que des formes de procès qui misent beaucoup de place à la procédure orale nécessairement couteuse pour les parties civiles, contribuent fortement à ce que 80 % des affaires devant les juridictions à compétence générale relèvent de la seule procédure pénale. La conséquence en est que la plupart de litiges qui, dans bien d'autres pays, auraient vocation à passer devant un juge formel avec des pouvoirs spéciaux et une procédure taillée sur mesure (y compris essentiellement écrit), sera tranchée ailleurs (à l'amiable, par négociation et compromis, par voie de recours administratif – souvent devant un organe administratif indépendant à caractère de tribunal administratif auquel on nie le nom – ou autres). D'un point de vue comparé alors, « la justice » norvégienne formellement reconnue comme telle traite très peu d'affaires en matière « civile », catégorie à laquelle le droit administratif aussi appartient.

Sans pénétrer davantage dans le domaine des explications, le résultat est en tout cas que le système juridictionnel actuel ne produit qu'un nombre très limité d'affaires constitutionnelles. En dernière instance, la Cour suprême n'en tranche en moyenne qu'un maximum d'un ou deux par an. Même si le simple fait que la jurisprudence s'est engrangée au fil de plus qu'un siècle et demi rend le nombre de jugements considérable, alors, les cas où les chances de voir le reflet d'un « néo-constitutionnalisme » de notre temps restent peu nombreuses.

Sur le développement de la jurisprudence depuis la reprise de l'œuvre de la Cour suprême à la fin de l'occupation allemande (1945), l'impression générale pourrait sans doute être qualifiée avec des mots tels que « prudente » ou « raisonnable », soit – pour les tenants d'une doctrine « néo-constitutionnaliste » – « peu courageuse ». Par la suite, on se

contentera de proposer quelques observations basées sur des écrits bien plus substantiels que l'on a eu l'occasion de présenter ailleurs (en norvégien surtout).

b) Les institutions

En fonction à la fois du caractère du système de contrôle de juridiction façon norvégienne et de choix explicites de la Cour suprême, notamment après la Deuxième Guerre mondiale, la jurisprudence en matière institutionnelle est assez clairsemée. Dans la mesure cependant où il y en a, il montre une volonté assez généralisée de laisser les pouvoirs publics agir en fonction de leurs convenances et de leur propre interprétation de la Constitution.

Un tel constat vaut aussi pour la dernière « grande affaire » en la matière⁵ : À l'unanimité et en séance plénière, la Cour y a accepté que l'adhésion à un certain nombre de nouveaux textes issus du mécanisme établi par le traité sur l'Espace économique Européen, passe outre le mécanisme de consentement par au moins 3/4 dans le Parlement (ou par amendement constitutionnel) pour adhérer à des traités à caractère supranational comme prévu par l'article 112 de la Constitution. Du moins, la Cour a légitimé une lecture de cette disposition, et ce faisant : une pratique parlementaire en correspondance, qui laisse à la majorité parlementaire simple de consentir à de telles obligations ou, en d'autres mots, de décider avec effet absolu si le traité en question relève ou non de cette disposition constitutionnelle, qui – selon une lecture littérale en tout cas – requiert une majorité qualifiée.

c) Les droits

Quant à la jurisprudence relative à la protection des droits aussi, une caractéristique de la jurisprudence comme « prudente » semblerait justifiée. Depuis les années 1980 en tout cas, il est cependant vrai que la Cour suprême affiche une volonté toute différente de camper sur la norme constitutionnelle en cas de violations prétendues des droits qui y sont inscrits. Ceci vaut pour les droits constitutionnels pré -2014, tel que l'on a notamment vu dans une affaire de non-rétroactivité en matière criminelle⁶ : la nécessité selon l'article 97 et une jurisprudence assez constante de fondement dans une « loi » adoptée selon la recette prescrite par les articles 75 s. de la Constitution avant les faits incriminés, ont eu préséance même si la référence au « droit international » dans l'article 7 de la CEDH aurait pu légitimer un résultat inverse par rapport à la qualification de « crimes de guerre » de certains actes commis pendant la guerre en Yougoslavie.

Dans les vastes domaines désormais couverts par les conventions internationales en tant que droit national, une telle volonté de la part de la Cour suprême est encore renforcée par les références régulières et nombreuses à la jurisprudence de la Cour européenne. Dans la pratique, la plupart des affaires relatives aux droits de l'homme tournent effectivement à la

⁵ HR-2023-2030-P (ACER II).

⁶ Rt. 2010 p. 1445.

question de savoir comment appliquer la CEDH telle que développée par le juge strasbourgeois. C'est pourquoi on se retrouve vite en dehors du domaine de la jurisprudence constitutionnelle proprement dite.

d) La teste : Un droit à un climat « sain et durable » ?

Dans la jurisprudence constitutionnelle récente, une affaire à laquelle on a souvent – mais à tort – référée comme « le grand cas du climat » offre-t-elle sans doute le meilleur exemple pour illustrer les effets qu'une sorte d'argumentation « néo-constitutionnaliste » pourrait exercer dans un contexte norvégien. Jugé à l'unanimité en séance plénière,⁷ la Cour suprême a globalement refusé d'invoquer les moyens tirés des articles divers de la CEDH (vie privée, droit à la vie...), implicitement laissant à la Cour européenne alors d'éventuellement s'en faire application par rapport au climat. En effet, la Cour a concentré son argumentation sur l'article 112 de la Constitution. Ce texte, qui – depuis 1992, ou plus précisément depuis deux semaines avant l'ouverture du premier sommet international en la matière qui s'est tenu à Rio de Janeiro – ouvre (notre traduction) avec les mots en apparence plus que prometteurs :

« Tous ont droit à un environnement susceptible d'assurer la santé, et à une nature où la capacité de production et la biodiversité sont conservées. »

En norvégien, nous avons déjà eu l'occasion de scruter non seulement cette fanfare d'entrée, mais surtout l'article 112 en sa totalité. Une fois tranchés, les grands traits du verdict sont présentés en langue française.⁸ Ici, on se limiterait donc d'en esquisser deux facteurs qui ont sûrement contribué à en déterminer le résultat.

D'abord, la saisine n'a pas été – et n'aurait sans doute pas pu être – dirigée contre la politique globale de l'État norvégien en matière climatique. Au lieu de cela, il a été intenté contre quelques actes administratifs portant permis d'explorer la possibilité de trouver des ressources pétrolières au fond dans la Mer Barents, c'est-à-dire au nord de la Norvège continentale. Or ces quelques permis en eux-mêmes étaient pratiquement sans importance pour les émissions norvégiennes de CO₂. On sait d'ailleurs que par la suite, la plupart des permis en question ont été abandonnés par les compagnies pétrolières en question faute de résultats prometteurs. En vue de cas contraires, la Cour a pris soin de préciser que des permis d'exploitation éventuels devraient satisfaire aux obligations de préparation et de motivation prescrites par la réglementation nationale et européenne en question.

En tout cas, il en ressort cependant que le respect des obligations internationales du pays en matière d'émissions ne peut pas être évolué seulement cas par cas, mais en la lumière de la politique générale relative au climat. Ceci implique l'évaluation finale pourrait s'avérer très complexe parce que nécessitant un aperçu de l'ensemble des mesures prises ailleurs par les

⁷ HR-2020-2472-P.

⁸ Voir notamment notre contribution à l'Annuaire Européen d'Administration Publique 2023 consacré au thème « Contraindre l'État à agir face au dérèglement climatique » [réf. exacte à ajouter].

pouvoirs politiques, en y incluant, par exemple, l'effet les effets de la participation du pays au marché européen des quotas d'émission.

De passage, il vaut la peine de noter qu'en ce moment (septembre 2024), une deuxième « grande affaire climatique » se trouve devant la Cour d'appel d'Oslo. Cette fois-ci, la saisine est construite d'une façon qu'on serait tenté de qualifier comme bien plus intelligente parce qu'insistant précisément sur la procédure suivie avant de confier des permis de production (cette fois-ci, les gisements se situent au fond de la Mer du Nord), non sur la conformité de tels permis eux-mêmes à la constitution. En d'autres mots, il pourrait s'agir alors d'encore un exemple de virement de la jurisprudence vers des chemins procéduraux.

Le deuxième facteur, sans doute déterminant quant à la conclusion du jugement dans la soi-disant « grande affaire du climat », se trouve dans le texte constitutionnel lui-même. Non seulement il ne fait pas mention expresse du « climat », seulement à l'« environnement », question beaucoup plus « à la mode » jusqu'à une époque assez récente que maintenant. Autrement plus important est-il cependant d'observer que tout en s'ouvrant avec une vraie fanfare sur le droit des « tous », l'article 112 se termine par un troisième alinéa insistant sur l'obligation des « pouvoirs de l'État » d'adopter des mesures pour mettre en œuvre les « principes » énoncés plus haut.

Des travaux préparatoires – à vrai dire plutôt éparses – aussi, il ressort que globalement, le Parlement (en tant que pouvoir constituant dérivé) n'a pas entendu priver le Parlement (en tant que colégislateur) de la possibilité de lui-même tirer les conséquences qu'il trouve appropriées du « droit » à la sauvegarde d'un environnement (et – par la suite – d'un climat) sain et sauf, tout en tenant compte des équilibres complexes nécessités par la sauvegarde aussi des finances publiques, de l'emploi et ainsi de suite. En d'autres mots, peu laisse penser que l'on a bien eu l'intention de laisser aux tribunaux la tâche éminemment politique de trouver le juste équilibre entre les intérêts en jeu. En effet ce choix a apparemment bien convenu aux membres de la Cour Suprême de Norvège millésime 2020.

Selon nous, la Cour a non seulement trouvé le bon résultat, mais essentiellement aussi des mots justes pour le justifier. Or on comprend aisément pourquoi le jugement a néanmoins causé une grande déception. D'un point de vue juridique, la raison principale (avec les arguments avancés par les associations qui ont saisi la justice, et de leurs avocats) se trouve dans la contradiction apparente (et en quelque sorte évidente) entre le verdict et les premiers mots de la disposition constitutionnelle. C'est pourquoi on aurait tendance à blâmer, en premier lieu, pour avoir voulu déclarer le « droit de tous » à toutes les bonnes choses, mais sans en vouloir tirer les conséquences. Le fait que c'est seulement vers la fin du texte que l'on trouve les mots qui signalent qu'après tout, la substance du « droit » en question dépendrait des considérations politiques prépondérantes de tout moment.

Il convient cependant d'y ajouter qu'aussi bien la saisine elle-même que l'agitation en faveur d'un résultat opposé reposeraient sans doute sur une certaine approche « néo-constitutionnaliste », plus précisément cette tendance à (trop) miser sur le juge pour « sauver le monde ». Selon nous, la Cour suprême elle-même y a bien résisté. Or le prix en a évidemment été de devenir la cible de critiques acerbes d'immobilisme et de manque de

responsabilité devant les menaces de dérèglement climatique qui pèsent – qui s’en doute encore ? – sur l’humanité.

En effet, certains d’entre ceux aussi qui ont tenté d’expliquer que somme tout, la Cour avait raison, se sont retrouvés dans le collimateur. Par exemple, un certain collègue qui – en public – a fortement critiqué la Cour pour « manque de dynamisme » nous a admis – en privé – que d’un point de vue juridique, le résultat était sans doute justifié.

e) Vers une « cour constitutionnelle » ?

Sur les pages internet de la Cour suprême de Norvège, elle s’autoqualifie comme – entre autres – « la cour constitutionnelle suprême du pays ».⁹ Par rapport à la distinction classique entre le « modèle européen » de justice constitutionnelle et les autres (parfois qualifiés, mais à tort, comme de type étatsunien), une telle qualification est évidemment erronée, par exemple en ce qui concerne le mode de recrutement du juge. Sans doute son recours à une telle étiquette reflète-t-il néanmoins une certaine ambition d’appartenir à cette « grande famille » de juges constitutionnels qui est apparue non seulement dans les faits, mais aussi à travers d’associations internationales à laquelle la Cour norvégienne a adhéré.

Effectivement, deux ou trois affaires de jurisprudence récente pourraient être comprises comme signes d’une volonté de se développer en correspondance. L’exemple le plus retentissant concerne la question de la procédure pour adhérer à des instruments européens avec un élément de supranationalité que l’on a déjà eu l’occasion de mentionner. Le jugement qui accepte l’absence de super-majorité parlementaire en fonction de l’article 112 rendu en 2023,¹⁰ n’est devenu possible que parce que la Cour avait préalablement accordé un intérêt légal suffisant pour agir à l’association « Non à EU » [Non à l’Union Européenne] même s’il n’a pas prétendu que ni l’Association elle-même ni ses adhérents ne seraient personnellement concernés par les conséquences d’une adhésion aux normes européennes en question relative au marché d’énergie plus que n’importe quel autre habitant du royaume.

Pour accepter la saisine, il fallait alors que la Cour dévie très nettement des considérations normalement applicables dans un système à contrôle concret. Sa prétention d’échange était alors que les questions constitutionnelles soulevées par l’Association revêtaient un certain intérêt pour l’ensemble de la population et que par conséquent alors, il fallait que la justice s’en occupe.¹¹ En d’autres mots, il s’agit d’un grand pas vers l’acceptation d’un contrôle juridictionnel abstrait dans des affaires que les tribunaux eux-mêmes estiment suffisamment importantes pour la société ou pour le collectif de Norvégiens.

Plus de 20 années auparavant, la Cour suprême du Danemark, d’habitude très discrète en matière constitutionnelle, avait fait un saut similaire dans une affaire de saisine intentée par un petit groupe de citoyens (dont un professeur de droit) prétendant que la loi d’adhésion

⁹ [Om Høyesterett \(domstol.no\)](https://www.domstol.no)

¹⁰ HR-2023-2030-P (ACER II).

¹¹ HR-2021-417-P (ACER I).

du pays au traité de Maastricht serait inconstitutionnelle.¹² Même si, comme dans le cas norvégien, aucun des prétendants ne s'est estimé plus concerné par l'adhésion au traité que n'importe quel autre danois, la Cour a accepté la saisine.¹³ Depuis, l'exemple a souvent servi comme argument par ceux qui souhaitent un infléchissement de la jurisprudence norvégienne dans le même sens. À la différence de l'affaire norvégienne, cependant, le traité de Maastricht serait de nature à entraîner des conséquences considérables dans maints domaines de la société danoise, y compris quant aux pouvoirs des autorités politiques nationales. En revanche, les instruments européens mis en cause devant la Cour norvégienne en 2021 étaient d'effets très sectoriels et en tout cas, d'aspect supranational assez marginal.

Le dernier élément qui semble indiquer que l'acceptation de la saisine par le juge norvégien trahit une intention de développement du rôle de la Cour suprême notamment, tient à ce que quelques mois auparavant (2020), la clause constitutionnelle elle-même récente (2015) sur le contrôle juridictionnel a été amendée précisément pour expliciter le caractère concret du système qui s'était développé durant deux siècles. C'est pourquoi il apparaît comme d'autant plus saisissant que la Cour suprême a saisi la première occasion venue pour littéralement contredire cet élément clé de l'article 89 de la Constitution. Peut-être s'est-il agi, pour la Cour suprême, de démontrer que le dernier mot quant à la délimitation de ses propres compétences (« constitutionnelle, administrative », etc.) revient à elle-même.

¹² U.1998.800.

¹³ De passage, on notera que dans le jugement suivant sur le fond de l'affaire, la Cour n'a pas trouvé d'inconstitutionnalité.