

La Cour suprême et le contrôle de constitutionnalité des lois en Norvège

Iris NGUYÊN-DUY, Docteur en droit Chercheuse en droit public comparé, Oslo

Jean-Baptiste POINTEL, Docteur en droit Enseignant contractuel à la Faculté de droit et de science politique, Université de Rennes 1⁽¹⁾

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 53 - OCTOBRE 2016

La Norvège est une monarchie constitutionnelle dotée d'un système de gouvernement démocratique et parlementaire. Elle a fêté le bicentenaire de sa Constitution, la plus ancienne d'Europe encore en vigueur, en 2014. Elle possède également probablement le deuxième plus vieux système de justice constitutionnelle dans le monde ⁽²⁾.

Bien que la Constitution de 1814 soit formellement fondée sur le principe de séparation des pouvoirs ⁽³⁾, avec un chapitre B consacré au pouvoir exécutif, au Roi et à sa famille, un chapitre C consacré au pouvoir législatif (et aux droits des citoyens) et un chapitre D dédié au pouvoir judiciaire, la partie concernant le pouvoir judiciaire est limitée à 6 articles, dont 4 concernent spécifiquement la Cour suprême (*Høyesterett*), placée au sommet de l'appareil judiciaire (art. 88 à 91). Peu est dit, dans le texte constitutionnel, sur cette juridiction et son mandat. Pourtant, la Cour suprême, qui a célébré son bicentenaire en juin 2015, est aujourd'hui une institution puissante, dont la légitimité est établie. Et, dans le silence de la Constitution de l'époque – et aussi parce que la Constitution norvégienne est un texte symboliquement fort, qui a fonctionné comme droit positif dès les premières années de son adoption, la Cour suprême a permis le développement du contrôle de constitutionnalité des lois et des actes administratifs dès le début du 19^e siècle. Ce contrôle est diffus. Il est exercé, en Norvège, par toutes les juridictions de droit commun.

Après une courte présentation de l'organisation de la Cour suprême, les spécificités du système de justice constitutionnelle norvégien seront étudiées plus en détail.

I - Organisation et fonctionnement de la Cour suprême norvégienne

La Cour suprême norvégienne, active depuis 1815, est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire (unité de juridiction) et une cour d'appel, essentiellement chargée de la résolution des litiges civils, pénaux et administratifs en dernière instance. Sa jurisprudence s'impose à toutes les cours et est créatrice de précédents. Elle est chargée des recours sur des points de droit d'intérêt général ou d'importance constitutionnelle. Elle doit, d'après ses propres mots, assurer « l'unité, la clarification et le développement du droit » ⁽⁴⁾.

Les dispositions constitutionnelles concernant la Cour suprême sont peu détaillées. L'article 88 selon lequel la Cour suprême juge en dernière instance établit de fait une hiérarchie juridictionnelle et une unité de juridiction, avec la Cour suprême à son apex. L'article 90 de la Constitution dispose que la Cour est composée d'au moins un président et de 4 autres membres. Aujourd'hui, ils sont au nombre de 20 et, pour la première fois, une femme, Toril Marie Øie, assure sa présidence depuis mars 2016 ⁽⁵⁾.

Un débat demeure quant à la politisation de la Cour suprême. Cependant, tant la procédure de désignation des juges et que la composition des chambres de jugements répondent aux exigences d'indépendance et de neutralité.

a. Statut et désignation des juges

La procédure de nomination des juges de la Cour est encadrée par le chapitre 3 de la Loi sur les tribunaux [*Domstolloven*] : lorsqu'un poste est vacant, il fait l'objet d'une annonce publique de l'agence d'administration des tribunaux [*Domstoladministrasjonen*], laquelle soumet les candidatures à l'évaluation d'un Comité des nominations judiciaires [*Innstillingsrådet*] ⁽⁶⁾. Celui-ci doit soumettre une liste de trois candidats qualifiés au ministère de la Justice. Une audition des candidats a lieu, devant les représentants du comité des nominations, le président de la Cour suprême et un autre juge. Le président de la Cour suprême communique ensuite l'avis des magistrats de la Cour suprême sur la nomination. L'avis est rendu public ⁽⁷⁾. Formellement, c'est le Roi en son Conseil (le gouvernement) qui nomme les juges (art. 21 de la Constitution), suivant l'avis du Comité. Par contre, concernant la nomination du président de la Cour suprême, la procédure est allégée. Les

imbroglios sur la nomination de la présidente en 2016 par l'actuel gouvernement ont réveillé les craintes de la politisation des juges ⁽⁸⁾.

Les juges à la Cour Suprême et les présidents de cours d'appel et de tribunaux doivent posséder un diplôme en droit et être âgés de 30 ans au moins (art. 54 *Domstolloven*). Néanmoins, il est rare que des personnes de moins de 40 ans soient nommées juges, et souvent ce sont des magistrats, des avocats particulièrement actifs, d'anciens professeurs de droit (comme les juges Bårdsen, Skoghøy, Matningsdal) ou proviennent de l'administration publique, notamment du ministère de la Justice ⁽⁹⁾. Les juges sont formellement nommés à vie et, en pratique, ils sont inamovibles jusqu'à leur retraite. En effet, depuis la loi du 14 mai 1917, la limite d'âge des fonctionnaires publics est de 70 ans, ce qui s'applique aussi aux magistrats de la Cour suprême.

Par ailleurs, l'article 86 de la Constitution permet d'attirer les magistrats de la Cour suprême devant la Haute cour (*Riksretten*) notamment pour violations de leurs obligations constitutionnelles.

b. Formations de jugement

En premier lieu, une commission de renvoi de la Cour suprême, composée de trois de ses membres, décide si une affaire doit être déférée à la Cour suprême ⁽¹⁰⁾. Si l'avis est positif, alors la formation de jugement classique est de cinq magistrats.

Lorsque l'affaire porte sur la question de la constitutionnalité d'un acte parlementaire ou si la question porte sur les droits de l'homme, la Cour suprême statue en Grande chambre de onze magistrats. En pratique, cependant, les questions de constitutionnalité sont traditionnellement traitées en assemblée plénière ⁽¹¹⁾. En 2015, la Cour suprême a jugé 56 litiges au civil et 47 au pénal (statistiques sur www.hoyesterett.no). Cela correspond à la tendance générale à la baisse observée depuis les années 50-60 et qui prouve que la Cour est essentiellement une cour créatrice de précédents (*prejudikatdomstol*) ⁽¹²⁾.

Depuis la réforme constitutionnelle du 13 mai 2014, l'indépendance et l'impartialité des juges sont affirmées à l'article 95 de la Constitution, afin de garantir le droit à un procès équitable ⁽¹³⁾. Pour éviter tout conflit d'intérêt, les magistrats sont censés se récuser lorsque leur impartialité est mise en cause ⁽¹⁴⁾. Cela a conduit 15 des 20 juges de la Cour suprême à se déclarer incompétents lors de l'affaire *Carl I. Hagen* en janvier 2016 ⁽¹⁵⁾, permettant de justesse la tenue du procès.

II - Le contrôle de constitutionnalité des lois en Norvège

La Norvège n'a pas de cour constitutionnelle spécialisée ⁽¹⁶⁾ à proprement parler. Toutes les cours, avec la Cour suprême au sommet, assument des attributions de « juge constitutionnel » ⁽¹⁷⁾, puisqu'elles se chargent d'assurer, entre autres, le respect de la Constitution. Un contrôle concret de constitutionnalité des lois (et des actes administratifs) existe depuis le début du 19^e siècle.

a. Genèse, évolution et « révolution » d'un contrôle de constitutionnalité quasi-bicentenaire

La fonction juridictionnelle de contrôle de constitutionnalité des lois ne fut pas inscrite dans la Constitution avant juin 2015, bien que divers éléments en aient très tôt permis le développement : une constitution écrite (*lex superior*) s'imposant aux pouvoirs constitués, une séparation des pouvoirs, une cour suprême jugeant en dernier ressort (art. 88 de la Constitution), et ayant « le dernier mot », puisque ses jugements ne sont pas susceptibles d'appel (art. 90 de la Constitution), ainsi que l'inscription de droits individuels (subjectifs) dans la Constitution de 1814 afin de limiter les pouvoirs exécutif et législatif ^{(18) (19)}. Mais, en l'absence de dispositions constitutionnelles expresses, la justice constitutionnelle norvégienne s'est développée de manière « autonome » ⁽²⁰⁾.

Les premières affaires où la Cour a fait une application directe de normes constitutionnelles remontent aux années 1820 ⁽²¹⁾. Néanmoins, c'est après l'adoption d'une loi de 1863 contraignant les juges de la Cour suprême à voter individuellement et publiquement afin d'exposer le raisonnement sur lequel leurs conclusions étaient fondées, que dans une décision du 1^{er} novembre 1866, *Wedel Jarlsberg* (UfL VI, 1867, p. 165), la Cour suprême a, pour la première fois, exposé en public sa position sur le contrôle de constitutionnalité des lois. Le président de la Cour suprême et chef de file de la majorité, Peder Carl Lasson, y appliqua le principe de hiérarchie des normes au conflit normatif Constitution - loi, tout en rappelant que cela s'inscrivait dans une tradition de justice constitutionnelle établie.

La pratique en matière de justice constitutionnelle s'est progressivement établie au 19^e siècle. Elle a varié en intensité, oscillant entre activisme et retenue. Une période de pratique intense du contrôle, suscitant débats et controverses ⁽²²⁾, a atteint son apogée entre 1909 et la fin des années 1920 (Rt. 1918, p. 403) au moins jusqu'à l'adoption de la « Plenumsloven » du 25 juin 1926. Cette phase fut suivie, dès l'après-guerre, par une période de retenue ou « déférence » notamment pour soutenir l'État dans son effort de reconstruction, les juges préférant

parfois même interpréter une loi de façon à ne pas contredire la Constitution, plutôt que de la déclarer inconstitutionnelle ⁽²³⁾.

La décision *Klofta* de 1976 (Rt. 1976, p. 1) a marqué la « renaissance » du contrôle de constitutionnalité – voire le commencement d'une nouvelle phase dans son évolution ⁽²⁴⁾. La Cour suprême a exprimé sa volonté d'exercer ses « droit et devoir » en la matière.

Il ressort également de cette décision que « l'impact de la Constitution » (et donc l'intensité du contrôle) peut varier en fonction de la matière en cause : important lorsque des droits fondamentaux (par ex. art. 96 et 100 de la Constitution) sont en jeu, il est moindre lorsque le litige porte sur le fonctionnement ou les compétences respectives des pouvoirs publics. Le degré intermédiaire concerne les litiges portant sur les droits économiques et sociaux. Dans la même décision, la Cour a aussi précisé qu'en cas de « doute légitime », surtout dans le cas des litiges relevant de la catégorie médiane, et si le Parlement a clairement analysé la question et a conclu à la conformité avec la Constitution, son interprétation l'emportera. Mais s'il ne fait aucun doute que la loi peut conduire à des résultats contraires à la Constitution, le juge interviendra.

Il semblerait que l'interprétation constitutionnelle du législateur doit remplir certains critères qualitatifs de plus en plus stricts pour être prise en compte ⁽²⁵⁾ et que le contrôle juridictionnel soit plus intense qu'avant. L'année 2010 a marqué un net durcissement du contrôle exercé par la Cour suprême, voire un tournant en matière de justice constitutionnelle ⁽²⁶⁾. Par trois fois cette année-là, l'application d'une loi votée par le *Storting* a été écartée lors d'un litige (Rt. 2010, p. 143 ; Rt. 2010, p. 535 ; Rt. 2010, p. 1445). La Cour suprême n'a pas hésité à passer outre les considérations du Parlement sur la constitutionnalité au motif qu'il s'était trompé sur la norme constitutionnelle applicable (Rt. 2010, p. 143), ni à faire primer une disposition constitutionnelle manifestement obsolète, mais toujours en vigueur (Rt. 2010, p. 535). Pourtant l'existence d'un tel contrôle juridictionnel n'a à aucun moment été contestée en 2010. Le président de la Cour suprême de l'époque, Tore Schei, a salué le passage d'un « exercice académique » à une « réalité politique » en matière de justice constitutionnelle ⁽²⁷⁾.

Le contrôle de constitutionnalité a finalement été inscrit dans la Constitution (art. 89) à l'occasion du bicentenaire de la Cour suprême, le 1^{er} juin 2015 : « Dans les affaires qui leur sont soumises, les cours ont le droit et le devoir de contrôler si les lois et autres décisions prises par les autorités étatiques contreviennent à la Constitution ».

En théorie, et au vu des travaux préparatoires ⁽²⁸⁾, cette codification, adoptée à 150 voix contre 17, doit être comprise comme la simple reconnaissance du contrôle de constitutionnalité des lois tel qu'il s'est développé et a été pratiqué par les cours depuis le 19^e siècle. La commission parlementaire de la Constitution et du contrôle a déclaré que « [la proposition de révision] consiste exclusivement à inscrire le contrôle de constitutionnalité dans la Constitution avec son contenu et sa portée actuels » et que « le but de (...) la codification est de mettre en lumière le fait que le contrôle de constitutionnalité exercé par les cours représente une part importante de notre système constitutionnel et de notre état de droit » ⁽²⁹⁾.

Combinée à la réforme sur les droits de l'homme adoptée en mai 2014, la codification de 2015 a étendu le champ du contrôle de constitutionnalité : la réforme de 2014 a modernisé et étendu le catalogue des droits de l'homme inscrits dans la Constitution. L'article 92 ouvrant le nouveau chapitre E sur les droits de l'homme impose aux autorités étatiques, cours incluses, de « respecter et garantir les droits de l'homme tels que consacrés dans la Constitution et dans les traités internationaux sur les droits de l'homme auxquels la Norvège est juridiquement liée ». L'article 89, adopté un an après, donne les moyens aux cours de remplir cette mission.

b. Les principales caractéristiques du contrôle de constitutionnalité des lois

En Norvège, tous les tribunaux ordinaires peuvent contrôler directement la constitutionnalité des lois à l'occasion d'un litige par voie d'exception, la loi étant déjà entrée en vigueur. Le contrôle par voie d'action ou par auto-saisine est exclu. Ainsi, le contrôle est déconcentré, *a posteriori*, concret et *inter partes*.

La procédure est orale, même si des conclusions écrites sont jointes. L'audience est publique en principe, sauf cas nécessitant le huis clos. Si la délibération est secrète, le vote des juges est public. Une décision de la Cour suprême prend la forme d'une discussion formalisée. Un magistrat représentant la majorité procède à une présentation complète de l'affaire, les questions de droit posées et les règles juridiques applicables. Ensuite, il détaille l'argumentation majoritaire, issue des débats lors de la délibération, et expose la proposition de décision qui sera adoptée. Si une proposition de vote divergente a été exprimée, elle sera exposée et justifiée par un magistrat représentant la minorité, de sorte à donner les raisons du désaccord. Une fois les positions exprimées, le vote en faveur de chacune de ses propositions est exprimé ⁽³⁰⁾. Enfin, la Cour annonce la décision adoptée.

c. Portée des décisions

En pratique, si une loi est déclarée inconstitutionnelle par un tribunal de première instance, un appel peut être autorisé directement devant la Cour suprême.

Une « déclaration d'inconstitutionnalité » a pour effet d'écartier l'application au cas d'espèce (*inter partes*) de la disposition législative considérée non conforme à la Constitution : le texte n'a alors aucune force normative dans l'affaire en question mais la loi reste formellement en vigueur (elle n'est pas abrogée). Le plus souvent sans déclarer d'invalidité, la Cour interprète le texte législatif de sorte que la Constitution prime. La décision de la Cour ne concerne que l'affaire concrète en question (avec une autorité relative de la chose jugée), mais la Cour suprême peut estimer que la question de droit présente une importance dépassant le cadre du litige et formuler sa décision (et le raisonnement afférent) de manière plus générale que ce qui aurait été strictement nécessaire pour la résolution du litige. La force obligatoire de la décision combinée à la règle du précédent [*prejudikatsvirkning*] rendent alors *de facto* son autorité de chose jugée *erga omnes*.

Il est encore trop tôt pour dire s'il y aura un « avant » et un « après » les réformes de 2014-2015. Tout dépendra de la façon dont la Cour suprême choisira d'interpréter son rôle constitutionnel, du dynamisme du droit norvégien, de l'évolution de la société et de ses besoins, mais également de l'influence de plus en plus pressante du droit international et européen.

Le contrôle de constitutionnalité n'a jamais été aussi fort, ni n'a jamais été autant pratiqué qu'aujourd'hui. Bien que l'audace des cours en matière de justice constitutionnelle se soit accentuée ces dernières années et soit parfois critiquée⁽³¹⁾, elle reste somme toute relative, les questions constitutionnelles ne représentant qu'une faible partie des litiges examinés par les cours norvégiennes. Et elle a été, d'une certaine manière, reconnue par le parlement lui-même, puisqu'il a consenti, en toute connaissance de cause, aux réformes de 2014 et 2015 qui *a priori* renforcent la légitimité tant des cours que de leur contrôle, ainsi que la nature constitutionnelle de la démocratie norvégienne.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Arnfinn BÅRDSEN, « De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler : Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett » [« Les cours suprêmes nordiques comme cours constitutionnelles : Quelques développements récents de la Cour suprême norvégienne »], Séminaire des cours suprêmes nordiques, Stockholm, les 23 et 24 mars 2015.

Arne FLIFLET, « Dommernes uavhengighet vil svekkes om Stortinget trekkes inn i en forhåndskontroll med dommerutnevnelserne » [« L'indépendance des juges sera affaiblie si le Parlement s'arroge le droit de contrôler préalablement la nomination des juges »], *Lov og rett* vol. 55, 2016, n° 3, p. 127-128.

Eirik HOLMØYVIK, « Deux siècles de séparation horizontale des pouvoirs en Norvège », *RFDC*, n° 106, 2016, p. 323-334.

Eirik Holmøyvik & Dag Michalsen, *Lærebok i forfatningshistorie* [Manuel d'histoire constitutionnelle], Oslo, Pax forlag, 2015.

Nils RUNE LANGELAND, *Siste ord, bind 1. Høgsterett i norsk historie. 1814-1905* [Dernier mot, vol. 1. La cour suprême dans l'histoire de la Norvège], Oslo, Cappelen Damm, 2005.

Anne ROBBERSTAD, « Høyesteretts mandat » [« Le mandat de la Cour suprême »], *Lov og rett* vol. 55, 2016, n° 4, p. 245-256.

Erling SANDMO, *Siste ord, bind 2. Høgsterett i norsk historie. 1905-1965* [Dernier mot, vol. 2. La cour suprême dans l'histoire de la Norvège], Oslo, Cappelen Damm, 2006.

Tore SCHEI, « Har Høyesterett en politisk funksjon? » [« La Cour suprême a-t-elle une fonction politique ? »], *Lov og rett* vol. 50, 2011, n° 6, p. 319-335, p. 330-1.

Rune SLAGSTAD, « The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System », in Eivind SMITH (dir.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, The Hague, Kluwer Law International, 1995, p. 81-111.

Carsten SMITH, « Judicial review of parliamentary legislation : Norway as a European pioneer », *Amicus Curiae* n° 32, 2000, p. 11-13.

Eivind SMITH, « La Constitution, droit positif depuis deux siècles : variations sur le thème de la justice constitutionnelle en démocratie », *RFDC* n° 106, 2016, p. 463-472.

Eivind SMITH, *Høyesterett og folkestyret. Prøvingsretten overfor lover* [La cour suprême et la démocratie. Le contrôle de constitutionnalité

Revue doctrinale

Droit comparé

- Carpentier, Mathieu. « Pour de « nouveaux » modèles de justice constitutionnelle », *Revue internationale de droit comparé*, janvier-mars 2016, n° 2016-1, p. 179-219.
- de Monredon, Emmanuel. « Toros, culture et constitution », *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2016, n° 106, p. 367-390.

Allemagne

- Gaillet, Aurore. « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen. [2 Bvr 2735/14, 15 décembre 2015] », *Actualité juridique. Droit administratif*, 6 juin 2016, n° 20, p. 1112-1119.
- Gröpl, Christoph. « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande relative au mariage, aux parents et à la famille. Une modification de la Constitution sans législateur ? », *Les Petites Affiches*, 15 juin 2016, n° 119, p. 15-22.
- Wendel, Matthias. « L'identité constitutionnelle dans le cadre fédéral : le cas de l'Allemagne dans l'Union européenne » in *L'identité à la croisée des États et de l'Europe : Quel sens ? Quelles fonctions ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 231-261.

États-Unis

- Dermine, Paul. « Les neuf juges et le mariage homosexuel. Un bref commentaire de l'arrêt Obergefell v. Hodges de la Cour suprême des États-Unis (26 juin 2015) », *Revue belge de droit constitutionnel*, octobre-décembre 2015, n° 2015-4, p. 455-469.
- Fassassi, Idris. « L'actualité constitutionnelle aux États-Unis », *Revue française de droit constitutionnel*, mars 2016, n° 105, p. 183-227.
- Mbongo, Pascal. « Le « droit à l'avortement » dans l'agenda constitutionnel et politique américain contemporain », *Politeia*, printemps 2015, n° 27, p. 597-618.

Italie

- Pardini, Jean-Jacques. « La protection constitutionnelle du sentiment religieux en Italie : « le « grain » tombe mais ne meurt pas » », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 4 avril 2016, Chron. n° 12, 18 p.

Norvège

- Smith, Eivind. « La Constitution, droit positif depuis deux siècles : variations sur le thème de la justice constitutionnelle en démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2016, n° 106, p. 463-472.

République tchèque

- Bures, Pavel. « De la constitutionnalité de la clause restrictive tchèque de 5 % pour les élections au Parlement européen. [Cour constitutionnelle tchèque [Ústavní soud], décision du 19 mai 2015, Pl. ÚS 14/14, en anglais : www.usoud.cz/en/decisions/20150519-pl-us-1414-constitutionality-of-5-per-cent-threshold-clause-1/] », *Revue trimestrielle de droit européen*, janvier-mars 2016, n° 1, p. 150-154.

Royaume-Uni

- Guigue, Alexandre. « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni (1) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, mars-avril 2016, n° 2, p. 597-621.
- Roynier, Céline. « "A man's house is his castle" : protection de l'intérieur et bien public », *Droit & Philosophie*, 2015, n° 7, p. 31-46.
- Saulnier-Cassia, Emmanuelle. « Quand la Cour suprême britannique instrumentalise le principe de proportionnalité en droit de l'Union pour faire la leçon aux juridictions inférieures. [Supreme Court [Cour suprême britannique], arrêt du 24 juin 2015, R (on the application of Lumsdon and others) / Legal Services Board [2015] UKSC 41).] », *Revue trimestrielle de droit européen*, janvier-mars 2016, n° 1, p. 154-157.

- Danelciuc-Colodrovschi, Nataça. « Quelle politique jurisprudentielle pour sauver le « dialogue » des juges ? Interrogations autour de la lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle russe du 14 juillet 2015 », *Revue française de droit constitutionnel*, mars 2016, n° 105, p. 229-239.

- (1) Les auteurs tiennent à remercier le professeur Eirik Holmøyvik pour sa relecture du texte et ses commentaires.
- (2) V. Eivind Smith, « La Constitution, droit positif depuis deux siècles : variations sur le thème de la justice constitutionnelle en démocratie », *RFDC* n° 106, 2016, p. 463-472.
- (3) V. Eirik Holmøyvik, « Deux siècles de séparation horizontale des pouvoirs en Norvège », *RFDC* n° 106, 2016, p. 323-334.
- (4) <http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/-Norges-Hoyesterett/Om-Hoyesterett/>, Sur cette évolution, voir Jørn Øyrehagen Sunde, *Høgsteretts historie 1965-2015*, Bergen, fagbokforlaget, 2015.
- (5) La première femme à être juge de la Cour suprême est Lilly Bølviken, nommée en 1968. Aujourd'hui, sur les 20 juges de la Cour suprême, 8 sont des femmes.
- (6) Le comité est composé de 3 juges de la Cour suprême, un avocat, un juriste représentant le secteur public, et deux membres qui ne sont pas juristes : art. 55a *Domstoloven*.
- (7) La procédure est détaillée aux articles 55a et suivants *Domstoloven*. Une audition a lieu, devant les représentants du comité des nominations, le président de la Cour suprême et un autre juge. Le président de la Cour suprême communique ensuite l'avis des magistrats de la Cour suprême sur la nomination. L'avis est rendu public.
- (8) Depuis 2002, le Comité des nominations judiciaires évalue indépendamment les candidatures et communique son classement. Le gouvernement l'a toujours suivi et nommant le premier lauréat. Or, en l'espèce, le ministre de Justice a demandé l'avis du Parlement quant à la nomination du Président de la Cour suprême en 2016. Le Président du Parlement a refusé cette participation du fait du principe de la séparation des pouvoirs prévu par la Constitution. Par ailleurs, ni le mandat ni les rapports du comité n'ont été rendus publics. La nomination a eu lieu une semaine à peine avant que l'actuel président prenne sa retraite. L'Ombudsman a invité à ce que la procédure pour la nomination du Président de la Cour suprême soit plus rigoureusement encadrée par une loi. Eirik Holmøyvik et Anine Kierulf, « Kronikk : Regjeringen åpner for politisering av dommerutnevnelser », *Aftenposten*, 19 janvier 2016 : <http://www.aftenposten.no/meninger/kronikk/Kronikk-Regjeringen-apner-for-politisering-av-dommerutnevnelser-11419b.html> ; Arne Fliflet, « Dommernes uavhengighet vil svekkes om Stortinget trekkes inn i en forhåndskontroll med dommerutnevnelser », *Lov og rett* vol. 55, 2016, n° 3, p. 127-128.
- (9) En cas de vacance temporaire, la Cour suprême peut aussi faire appel à des professeurs de droit.
- (10) Depuis la réforme du code de procédure civile de 2008, cette commission est partie intégrante de la Cour suprême et non une institution séparée, à l'instar de la procédure de la Cour européenne des droits de l'homme.
- (11) Art. 5 et 6 du chapitre 1^{er} *Domstoloven*. En moyenne 1,6 cas par an sont examinés en assemblée plénière.
- (12) Voir Jørn Øyrehagen Sunde, *Høgsteretts historie 1965-2015*, *op. cit.*, p. 142.
- (13) L'article 95, 1^{er} alinéa, de la Constitution requiert que les cours soient indépendantes et impartiales : « Chacun a droit à ce que sa cause soit entendue par une juridiction indépendante et impartiale dans un délai raisonnable. (...) ». Le deuxième alinéa du même article stipule que « Les autorités étatiques doivent assurer l'indépendance et l'impartialité des cours et des membres du judiciaire ».
- (14) Art. 108 du chapitre 6 *Domstoloven*. Des cas d'incompatibilité avec la fonction de juge sont précisés à l'art. 106.
- (15) L'affaire concernait les fonds de retraite, que la législation de 2011 a modifiés. Tous les juges en poste avant 2011, puisqu'ils étaient concernés par l'issue du procès, se sont récusés. Robert Gjerde, « Høyesterett satt sjakk matt i Carl I. Hagen-Rettssak », *Aftenposten*, 6 janvier 2016 <http://www.aftenposten.no/norge/politikk/Hoyesterett-satt-sjakk-matt-i-Carl-I-Hagen-rettssak-15680b.html>
- (16) Arnfinn Bårdsen, « De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler : Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett », Séminaire des cours suprêmes nordiques, Stockholm, les 23 et 24 mars 2015.
- (17) Pour une distinction entre les critères matériels et organiques, voir Constance Grewe, « Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux », <https://www.coleurope.eu/sites/default/files/uploads/event/article.pdf>
- (18) Cette position plus libérale, adoptée dans la Constitution de 1814, et pouvant être rapprochée de la théorie américaine de « limited government », s'oppose à la tradition française plus « rousseauiste » de « volonté générale » qui peut aller à l'encontre de droits individuels. V. Eirik Holmøyvik, Dag Michalsen (dir.), *Lærebok i forfatningshistorie*, Oslo, Pax Forlag, 2015, chap. 16, p. 328, 330.
- (19) La Cour suprême peut également être appelée à donner un avis au *Storting* (Parlement) sur une question de droit (article 83 de la Constitution), mais cette fonction consultative n'a pas été utilisée depuis 1945.
- (20) V. Eivind Smith, *Høyesterett og folkestyret. Prøvingsretten overfor lover*, Oslo, Universitetsforlaget, 1993 ; Eivind Smith, « La Constitution, droit positif... », *op. cit.*
- (21) Rune Slagstad, « The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System », in Eivind Smith (dir.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, The Hague, Kluwer Law International, 1995, p. 81-111 ; Carsten Smith, « Judicial review of parliamentary legislation : Norway

as a European pioneer », *Amicus Curiae* n° 32, 2000, p. 11-13.

(22) Les affaires les plus controversées concernaient essentiellement le conflit entre les législations réglementant les activités économiques et les dispositions constitutionnelles portant sur la non-rétroactivité des lois (art. 97) ou sur les indemnisations en cas d'expropriation (art. 105). Entre 1920 et 1932, le Parlement a examiné des propositions d'amendement constitutionnel visant à supprimer le contrôle de constitutionnalité (en 1920, 1923, 1929 et 1932).

(23) Eivind Smith, « La Constitution, droit positif... », *op. cit.*, p. 467.

(24) V. aussi Rt. 1996, p. 1415, *Borthen*.

(25) V. Rt. 2007 p. 1281 (§ 76), Rt. 2007, p. 1308 (§ 42).

(26) V. aussi Rt. 2013, p. 1345, *Volstad*.

(27) Tore Schei, « Har Høyesterett en politisk funksjon? », *Lov og rett* vol. 50, 2011, n° 6, p. 319-335, p. 330-1.

(28) V. not. Innst. 186 S (2013-2014) ; Innst. 263 S (2014-2015), surtout p. 10 et 11.

(29) Innst. 263 S (2014-2015), p. 10.

(30) Les arrêts sont généralement détaillés et bien argumentés afin qu'ils puissent servir de précédents ou offrir des lignes directrices par delà le cas d'espèce.

(31) Voir la critique faite par Anne Robberstad de la fonction positiviste, créatrice de droit, que la Cour suprême s'arroge depuis quelques années, « Høyesteretts mandat », *Lov og rett* vol. 55, 2016, n° 4, p. 245-256. L'auteur fait allusion à un « coup d'état juridico-politique ». Voir également Morten Kinander, « De svekker folkestyret », *Klassekampen*, 26 juin 2015, p. 10 et, pour une position divergente, voir par ex. Anine Kierulf, « Grunnloven som irrelevant rettskilde », *Lov og rett*, vol. 55, 3, 2016, p. 185-189.