

Anne Jussiaume

LA COUR SUPRÊME ET LA CONSTITUTION EN ISRAËL :
ENTRE ACTIVISME ET PRUDENCE JUDICIAIRE

Le juge israélien a la réputation d'être l'un des plus activistes au monde, en particulier dans le domaine constitutionnel¹. Il est vrai que, pour le constitutionnaliste français, la simple idée d'un juge mettant en place un contrôle de constitutionnalité sans véritable Constitution écrite semble relever du spectre du « gouvernement des juges ».

La réalité est beaucoup plus complexe. Si l'on ne peut nier l'activisme judiciaire de la Cour suprême israélienne, celui-ci n'est pas sans limites et s'explique, en grande partie, par l'existence d'un système juridique aux caractéristiques internes très spécifiques.

Le juge israélien a en particulier dû remplir les vides juridiques nombreux laissés par le pouvoir politique qui n'a jamais réussi à adopter une Constitution écrite, si l'on entend par là un texte constitutionnel suprême contenant l'ensemble des règles fondamentales de l'Etat, tant du point de vue de l'organisation des pouvoirs publics que de la protection des droits et libertés. La Constitution israélienne ne répond pas à cette définition.

À la fois écrite mais lacunaire, rigide mais d'une souplesse excessive, supra-législative mais élaborée par l'organe législatif, la Constitution israélienne, si tant est qu'elle existe², a de quoi intriguer le constitutionnaliste.

1. La Cour a la réputation d'être active également dans des domaines généralement écartés par les juges. Ainsi, depuis les années 1980, elle a développé une jurisprudence lui permettant de contrôler de façon extensive l'action gouvernementale, y compris dans des domaines tels l'armée ou la politique, qui, dans beaucoup de pays, sont considérés comme non justiciables (« *échappant par leur nature au contrôle des tribunaux* » selon l'expression utilisée par le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits français pour caractériser les actes de gouvernement).

2. Le juge Posner, juge américain et professeur à l'Université de Chicago, a récemment écrit dans la critique qu'il faisait de l'ouvrage de Aharon Barak (*The judge in a democracy* ; Princeton University Press) que « *Israël n'a pas de Constitution. Il a des Lois fondamentales votées par la Knesset, que le juge Barak a considérées comme une Constitution en affirmant que la Knesset ne peut pas les modifier à sa guise. C'est une idée surprenante...* », Richard A Posner, *Enlightened Despot, The New*

Pour comprendre les raisons de cette complexité, il convient de revenir aux racines du problème qui remontent à la création de l'Etat d'Israël³.

En 1948, lorsqu'est proclamée l'indépendance, la majorité des acteurs politiques et juridiques, qu'ils aient été internes ou internationaux, sont convaincus de la nécessité pour le nouvel Etat d'adopter une Constitution. La résolution 181⁴ de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 29 novembre 1947 prescrit l'adoption d'une Constitution démocratique tandis que la déclaration d'indépendance, proclamée le 14 mai 1948, premier document constitutionnel de l'Etat Juif, envisage clairement l'adoption d'un texte suprême.⁵ Les principaux acteurs israéliens, y compris ceux qui y seront ensuite farouchement opposés, sont, sinon convaincus, au moins résignés à cette idée. Chacun conçoit que la création du nouvel Etat s'accompagne de la mise en place d'un tel texte.

Pourtant, les conditions sont très vite défavorables : la situation de guerre qui apparaît avec la naissance même de l'Etat, empêche les politiques d'arriver à leur fin. Certes, une Assemblée constituante est finalement élue⁶, mais au moment de cette élection plus tardive que prévue, les esprits ont changé.

Les religieux en particulier, qui n'avaient jamais été très enthousiastes⁷ à l'idée d'élaborer un texte supra-législatif mais qui, face à la pression mondiale et populaire, s'y étaient résignés, profitent de l'ambiguïté de la situation pour changer d'avis.

Ils ne sont pas les seuls à opérer cette volte face, David Ben Gourion, père fondateur et leader du nouvel Etat, qui voit dans les juges une menace pour

Republic, apr. 23 2007; <http://www.tnr.com>.

3. La présente contribution concerne uniquement l'Etat d'Israël et non les territoires occupés. Dans ces territoires en effet, le droit israélien ne s'applique pas. Seuls en principe le droit local et le droit international ont force juridique.

4 Suite au débat concernant l'avenir de la Palestine, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta une décision prévoyant la création de deux Etats dans cette zone : un Etat Juif et un Etat Arabe.

5. La Déclaration d'Indépendance est divisée en trois parties. La première partie décrit les racines historiques du peuple juif et de son lien avec la terre d'Israël, la seconde partie traite de la création et de l'indépendance du nouvel Etat et enfin la troisième partie proclame les principes fondamentaux du nouvel Etat (dont la valeur juridique sera longtemps controversée ; voir notes 24 et 25).

C'est dans la deuxième partie qu'est inscrite la volonté d'élaboration d'un texte constitutionnel : « *Nous déclarons que, de la fin du Mandat, c'est-à-dire ce soir (...) (le 15 mai 1948) jusqu'à la mise en place des autorités régulièrement élues conformément à la Constitution qui doit être adoptée par une Assemblée constituante élue avant le premier octobre 1948, le Conseil du Peuple agira en tant que Conseil provisoire de l'Etat et son organe exécutif, l'administration du Peuple, fera office de gouvernement provisoire de l'Etat Juif, appelé Israël* » (C'est nous qui soulignons).

6. Les élections ont finalement eu lieu à la fin du mois de janvier 1949.

7. Pour les Religieux, seule la *Torah* peut servir de Constitution.

les pouvoirs du Parlement, s'appuie sur la tradition britannique et, en particulier sur le principe de souveraineté du Parlement, pour justifier l'absence de Constitution écrite.

Les chances d'élaborer un texte constitutionnel s'amenuisent progressivement et disparaissent finalement jusqu'à aujourd'hui puisque, depuis lors, les Israéliens n'ont pas réussi à adopter de Constitution écrite au sens strict du terme. Certes, les essais n'ont pas manqué⁸ mais ils n'ont pas été transformés.

Les clivages de la société israélienne entre religieux et non religieux d'un côté, entre Juifs et Arabes de l'autre, ont bloqué, jusqu'à aujourd'hui, l'adoption d'un texte suprême. Les membres des partis politiques juifs orthodoxes notamment estiment qu'Israël n'a aucun besoin de Constitution formelle dans la mesure où la Loi religieuse juive est, par définition, une Constitution⁹. Corrélativement, la minorité arabe a du mal à accepter l'idée d'une Constitution formelle affirmant l'identité juive de l'État.

Israël n'est pourtant pas resté un système sans aucun texte fondamental. Tout d'abord, la déclaration d'Indépendance aurait pu servir de Constitution. Elle fut d'ailleurs signée par tous les représentants de toutes les communautés juives constituant la société israélienne, consensus qui ne s'est plus jamais reproduit depuis. Elle contenait en outre une énumération de droits fondamentaux¹⁰. Pourtant, elle ne fut pas considérée comme telle par les acteurs politiques et le juge lui-même lui dénia originellement toute valeur juridique¹¹.

Ensuite, une Assemblée constituante a effectivement été élue. Sans réussir à adopter elle-même un texte fondamental, elle créa les conditions propres à faire évoluer la situation. C'est en effet dans le cadre de cette première *Knesset*¹² que

8. Le comité chargé des questions constitutionnelles à la Knesset (*Constitution, Law and Justice Committee*) a travaillé sérieusement depuis 1948 et a élaboré plusieurs projets de Constitution. Parallèlement, les initiatives privées ont été nombreuses. Un projet de « *Constitution par Consensus* » a par exemple été préparé par l'Institut pour la Démocratie en Israël (<http://www.idi.org.il>).

9. Voir Dalia Dorner, *Does Israel Have a Constitution?* 43 *Saint Louis University Law Journal* (1999) 1325.

10. On peut ainsi lire dans la Déclaration d'Indépendance:
« *L'Etat d'Israël sera basé sur la liberté, la justice et la paix tels qu'envisagés par les prophètes d'Israël. Il assurera une complète égalité des droits politiques et sociaux à tous ses habitants, indépendamment de leur religion, de leur race ou de leur sexe. Il garantira la liberté de religion, de conscience, de langue, d'éducation et de culture. Il sauvegardera les lieux sacrés de toutes les religions et sera respectueux des principes proclamés dans la Charte des Nations Unies.* »

11. HCJ 7/48 *Elkarbotly v. Minister of Defence* 2 PD 5.

12. Le premier acte de cette Assemblée nouvellement élue fut de changer de nom et de statut. Elle échangea l'appellation Assemblée Constituante contre celle de Première *Knesset*. Elle affirma à cette occasion que le nom de l'organe législatif israélien serait celui de *Knesset* (*The Transition Law* 1949 3 LS I3 (17 fev 1949)).

fut adoptée la fameuse résolution *Harari*¹³. Cette résolution, dont le caractère légal et obligatoire est inexistant¹⁴, est à l'origine de l'adoption ultérieure des Lois fondamentales de l'Etat d'Israël. Elle prévoyait en effet que, face à l'impossibilité d'adopter une Constitution, la *Knesset* et ses successeurs pourraient adopter des textes partiels, des chapitres, qui, une fois réunis, formeraient la Constitution de l'État d'Israël¹⁵.

L'adoption de cette résolution a eu pour avantage de ne pas paralyser totalement les avancées constitutionnelles. Pourtant, elle était loin de régler tout problème. Elle constituait un compromis qui, par définition, permettait plusieurs interprétations. Ainsi, rien n'était prévu ni à propos du statut des Lois fondamentales, ni à propos des conditions de leur adoption, de leur modification ou de leur éventuelle transformation en une Constitution et encore moins de leur protection par le juge.

Dès lors, la position adoptée par la première *Knesset* semblait poser plus de questions qu'elle n'en résolvait. Cela était d'autant plus flagrant qu'après avoir émis cette résolution, la première *Knesset* n'adopta aucune Loi fondamentale. Elle se contenta de transférer l'ensemble de ses pouvoirs, tant législatif que constituant aux *Knessets* futures¹⁶.

La Première Loi fondamentale fut adoptée en 1958 et c'est sur ce fondement qu'ont ensuite été adoptées les onze Lois fondamentales actuelles¹⁷.

Ces Lois fondamentales dont le dénominateur commun est simplement de bénéficier du titre de Loi fondamentale et de ne pas être pourvues d'une quelconque référence temporelle, couvrent une bonne partie des domaines généralement abordés par les Constitutions écrites.

13. Résolution de la *Knesset* du 13 juin 1950 DK (1950) 1743, dénommée Résolution *Harari* en raison du nom du Membre de la *Knesset* qui est à l'origine de son existence.

14. Du point de vue du statut juridique, cette résolution est une simple déclaration de la *Knesset* et non une loi ou une quelconque règle juridique.

15. « *La Première Knesset charge le Comité de la Constitution, de la Loi et de la Justice de la préparation d'un projet de Constitution pour l'Etat. La Constitution sera constituée de chapitres séparés, chaque chapitre constituant une Loi fondamentale. Les chapitres seront présentés à la Knesset (...) et tous les chapitres seront réunis dans la Constitution de l'Etat* ».

16. *Second Knesset Transition Law* 1951, 5711-1951.

17. Liste des onze Lois fondamentales adoptées en application de la Résolution *Harari* : Loi fondamentale : La *Knesset* en 1958 ; Loi fondamentale : La Territoire Israélien en 1960 ; Loi fondamentale : Le Président de l'Etat en 1964 ; Loi fondamentale : Le Gouvernement en 1968 (remplacée en 1992 et en 2001) ; Loi fondamentale : L'Economie de l'Etat en 1975 ; Loi fondamentale : L'Armée en 1976 ; Loi fondamentale : Jérusalem, la Capitale d'Israël en 1980 ; Loi fondamentale : Le Pouvoir Judiciaire en 1984 ; Loi fondamentale La Cour des Comptes de l'Etat en 1986 ; Loi fondamentale : Liberté Professionnelle en 1992 (remplacée en 1994) ; Loi fondamentale : Dignité Humaine et Liberté en 1992 amendée en 1994.

En ce qui concerne l'organisation de l'Etat, seule une Loi fondamentale consacrée à la procédure législative semble faire défaut. Cette loi pourrait en particulier traiter des conditions d'élaboration des lois, notamment fondamentales ainsi que, problème délicat, de leur éventuel contrôle par le juge. La sensibilité du sujet a jusqu'ici empêché l'adoption d'un tel texte malgré des essais répétés.

Les Lois fondamentales consacrées aux droits et libertés sont beaucoup plus lacunaires. Jusqu'en 1992, elles furent totalement inexistantes. Les multiples tentatives¹⁸ d'adoption d'une déclaration des droits furent rejetées par la *Knesset* pour des raisons tenant principalement au caractère controversé des sujets abordés. En particulier, le poids des partis religieux, dans un système où le scrutin proportionnel leur laisse une grande marge de manœuvre, a interdit tout accord sur des questions comme celles de la liberté religieuse, de la liberté d'expression ou du droit à l'égalité.

Face à l'échec récurrent de ces tentatives, les partisans d'une telle déclaration ont alors décidé de changer de tactique et d'utiliser celle qui avait jusque là si bien fonctionné dans le cadre des institutions : la méthode des petits pas¹⁹ ! Furent alors adoptés deux textes dans les domaines les plus consensuels : une loi consacrée à la Liberté Professionnelle²⁰ et une autre consacrée à la Dignité humaine et à la Liberté²¹.

L'adoption de ces deux textes est considérée comme une avancée majeure du système constitutionnel israélien, même si la prise de conscience de cette avancée s'est faite seulement quelques années après leur adoption. Pour la première fois dans l'histoire d'Israël, la *Knesset* a adopté des Lois fondamentales traitant des droits individuels.

En 1994, la Loi fondamentale relative à la liberté Professionnelle, qui avait donné lieu dès 1992 à l'invalidation d'une décision gouvernementale²² interdisant l'importation de viande non cachère, fut modifiée, de même que plusieurs dispositions de la Loi fondamentale relative à la Dignité humaine et à la Liberté.

18. Dans quasiment toutes les *Knessets* depuis 1958 (date de la première Loi fondamentale consacrée à la *Knesset*), des efforts ont été fournis pour permettre l'adoption d'une Loi fondamentale consacrée entièrement aux droits et libertés, voire à une déclaration des droits.

Voir Amnon Rubinstein and Barak Medina, *Constitutional Law of the State of Israel*, 910-914 (6^e ed 2005) (Hebreu), Ruth Gavison, *The Controversy Over Israel's Bill of Rights*, 15 *Israel Yearbook of Human Rights* 113-50 (1985).

19. C'est le Professeur Amnon Rubinstein, MK et initiateur des deux Lois fondamentales de 1992 qui a eu l'idée du changement de méthode devant les blocages engendrés par la volonté d'adopter un texte unique.

20. Loi fondamentale : Liberté Professionnelle de 1992 (remplacée en 1994).

21. Loi fondamentale : Dignité Humaine et Liberté de 1992 amendée en 1994.

22. *Meatrael v. Rabin* (1992) 47 (5) PD 485.

À cette occasion, fut introduite une clause de dérogation expresse dans la Loi fondamentale relative à la liberté Professionnelle qui permettait à la *Knesset* d'adopter des lois contraires à la Loi fondamentale à la condition de le proclamer expressément et d'obtenir une majorité absolue²³. Cette possibilité n'a pour l'instant que très peu été utilisée.

Fut également ajoutée à cette occasion une référence explicite à la Déclaration d'indépendance qui, jusque là, avait toujours été considérée comme dénuée de valeur juridique²⁴. A partir de cette date, les deux Lois fondamentales consacrées aux droits et libertés devaient être « *respectées dans l'esprit des principes inclus dans la déclaration d'indépendance* »²⁵.

Depuis cependant, les tensions vives provoquées par les conséquences juridiques de ces deux textes ont empêché l'adoption de nouvelles Lois fondamentales. Ainsi, des droits aussi importants que le droit à l'égalité, la liberté d'expression, la liberté de la presse ou encore les droits sociaux ne sont pas expressément protégés²⁶.

L'Etat d'Israël a donc encore aujourd'hui la caractéristique particulière de ne bénéficier que d'une Constitution incomplète dont la finition semble pour l'instant être mise entre parenthèse. L'absence de consensus politique sur les éléments encore à élaborer bloque pour l'instant toute évolution dans ce sens.

L'incomplétude n'est pas la seule caractéristique spécifique de la Constitution israélienne. En effet, en plus d'être lacunaire, elle a un statut juridique très complexe.

Lors de l'adoption de la résolution *Harari*, ne fut pas abordé le statut des Lois fondamentales en devenir : allaient-elles bénéficier d'un statut identique à celui des lois ordinaires comme cela se passait selon la tradition britannique, très ancrée en Israël, ou allaient-elles, au contraire, bénéficier d'un statut supra-législatif, similaire à ce que l'on trouve dans la tradition américaine, certes bien moins implantée dans le nouvel Etat mais à l'influence grandissante ?

23. L'atteinte est alors limitée à quatre ans maximum, avec la possibilité d'une durée plus courte précisée dans la loi. La section 8 de la Loi fondamentale relative à la Liberté Professionnelle indique ceci : « *Une disposition d'une loi qui viole la liberté professionnelle peut entrer en vigueur même si elle ne remplit pas les conditions de la section 4 (clause limitative voir note 31), à partir du moment où elle est incluse dans une loi adoptée par une majorité des membres de la Knesset qui indique clairement qu'elle doit entrer en vigueur malgré les dispositions de la Loi fondamentale ; une telle loi expire quatre ans après la date de son entrée en vigueur.* »

24. Voir supra note 11.

25. La Loi fondamentale sur la Liberté Professionnelle a de nouveau été modifiée depuis 1994, en particulier une fois en 1998 pour permettre la possibilité d'interdire l'importation de viande non cachère sans limitation temporelle.

26. Nous verrons que le juge a utilisé une interprétation extensive du concept de dignité humaine pour intégrer la plupart de ces droits non expressément énumérés.

La question n'a jamais été expressément résolue par la *Knesset* qui a, au contraire, augmenté la complexité initiale par l'ajout de dispositions rigides.

Ainsi les sections 4²⁷, 44²⁸ et 45²⁹ de la Loi fondamentale relative à la *Knesset* et 42 de la Loi fondamentale relative au gouvernement³⁰ exigeaient originellement une majorité spéciale pour être modifiées.

Ces dispositions rigides restèrent cependant exceptionnelles jusqu'en 1992. À cette date, l'adoption des deux Lois fondamentales relatives aux droits et libertés apporta une complication supplémentaire. A la rigidité éventuellement formelle de certaines dispositions s'ajouta la possibilité d'une rigidité substantielle. Les deux nouvelles Lois fondamentales contenaient en effet une clause limitative³¹.

Elles ont ainsi prévu que des dispositions qui porteraient atteinte aux droits fondamentaux garantis pourraient néanmoins être considérées comme valides à la condition de respecter quatre critères particuliers : l'autorisation législative de l'atteinte, la compatibilité de l'atteinte avec les valeurs juive et démocratique de l'Etat d'Israël, la rationalité de l'atteinte et enfin la proportionnalité de l'atteinte³².

Dès lors aujourd'hui, les dispositions contenues dans les Lois fondamentales sont parfois souples et donc modifiables aussi facilement que les lois ordinaires. Elles peuvent également être rigides à double titre. Certaines le sont grâce à une

27. La section 4 de la Loi fondamentale La *Knesset* (1958), consacrée au système électoral dispose : « *La Knesset sera élue par le biais d'élections générales, nationales, directes, égales, secrètes et proportionnelles, conformément à la loi électorale relative à la Knesset ; cette section ne pourra être modifiée que par une majorité des membres de la Knesset* ».

28. La section 44 de la Loi fondamentale La *Knesset* (1958) dispose : « *En dépit de toute autre disposition législative, cette loi ne peut être modifiée, suspendue ni soumise à conditions par une quelconque règle prise dans le cadre de l'état d'urgence* »

29. La section 45 de la Loi fondamentale La *Knesset* (1958) dispose : « *La section 44 de même que la présente section ne devront pas être modifiées autrement que par une majorité de 80 membres de la Knesset.* »

30. La section 42 de la Loi fondamentale Le gouvernement (1968), qui a depuis été modifiée, établissait une protection spéciale contre les règles prises dans le cadre de l'état d'urgence de la même nature que celle prévue à la section 44 de la Loi fondamentale La *Knesset* (Voir note 28).

31. La *Knesset* a adopté une procédure utilisée par le pouvoir constituant canadien qui procède de l'idée selon laquelle les droits ne sont pas absolus et que l'on peut leur porter atteinte en respectant un certain nombre de conditions.

32. Il ne pourra y avoir aucune violation ni de la liberté professionnelle (Section 4 Loi fondamentale Liberté professionnelle), ni des droits protégés par la section 8 de la Loi fondamentale consacrée à la Dignité Humaine « *sauf par une loi compatible avec les valeurs de l'Etat d'Israël, adoptée dans des limites raisonnables et dans une mesure qui n'excède pas le strict nécessaire, ou par un règlement adopté sur la base d'une autorisation expresse de la loi.* »

majorité spéciale³³, tandis que les autres le sont grâce au respect de conditions substantielles.

La question du statut des Lois fondamentales était cependant indépendante de leur éventuelle rigidité : des Lois fondamentales non rigides pouvaient être considérées comme normativement supérieures alors que des lois ordinaires rigides pouvaient être estimées normativement inférieures à des Lois fondamentales non rigides. Encore fallait-il que la difficulté soit résolue dans le système juridique.

Pourtant, la *Knesset* n'a jamais abordé ce type de question. Elle n'a jamais en particulier donné, même un début de réponse aux questions suivantes : une loi ordinaire peut-elle modifier une Loi fondamentale non rigide ? Ou encore, qui l'emporte dans le cadre d'un conflit entre une disposition non rigide d'une Loi fondamentale et une disposition rigide non contenue dans une Loi fondamentale ?

La *Knesset* a par conséquent laissé en suspens la plupart des interrogations auxquelles étaient confrontés les juristes. Dans ce contexte où les questions constitutionnelles n'étaient résolues ni par le pouvoir constituant, ni par le pouvoir législatif, c'est le juge qui a le plus souvent tranché.

C'est l'une des raisons pour lesquelles la plupart des études constitutionnelles consacrées à Israël traitent de l'activisme de la Cour suprême.

En réalité, c'est parce que le Parlement n'a pas réussi à adopter de Constitution que le juge a pris le relais. A chaque fois, c'est sur la base d'un fort soutien et d'une légitimité basée sur la protection des valeurs fondamentales de l'Etat d'Israël que le juge a pu faire évoluer le schéma constitutionnel³⁴.

33. Aujourd'hui, Israël a deux Lois fondamentales complètement rigides d'un point de vue formel : celle sur le gouvernement et celle sur la liberté professionnelle. La Loi fondamentale Le Gouvernement (2001) précise dans la section 44, sous section a : « *Cette Loi fondamentale peut seulement être modifiée par une majorité des membres de la Knesset. La majorité prévue dans cette sous-section sera requise pour les décisions de la Knesset statuant en Assemblée plénière, en première, deuxième et troisième lectures. Dans le cadre de cette sous-section, les modifications concernées peuvent être explicites ou implicites.* »

La Loi fondamentale Liberté professionnelle (1994) dispose quant à elle dans sa section 7 : « *Cette Loi fondamentale ne peut être modifiée que par une Loi fondamentale adoptée à la majorité des membres de la Knesset.* »

34. Comme le souligne Hélène Sallon dans *La judiciarisation du Politique en Israël* (Bulletin du Centre de Recherche français de Jérusalem, 2005 n°16 p.166-180) : *la promotion des revendications collectives arabes dans l'arène judiciaire, « malgré de nombreuses critiques de son action, elle (la Cour suprême) a acquis la réputation d'ultime défenseur de la démocratie israélienne auprès du public. Cette réputation tient pour beaucoup à son rôle actif pour garantir le respect des droits et libertés fondamentales dans les politiques publiques. »*

Les vides constitutionnels laissés par le pouvoir constituant israélien ont ainsi été remplis par le juge qui, à chaque fois qu'il estimait avoir une légitimité suffisante, a tenté de combler les lacunes des textes constitutionnels par une interprétation active (I).

À partir de 1995, date du fameux arrêt *United Mizrahi Bank*³⁵, le juge israélien ne s'est plus simplement contenté de pallier les lacunes multiples du texte constitutionnel. Il a cherché à aller plus loin. Il a essayé de tirer le meilleur profit des textes mis à sa disposition par la *Knesset*, tout en envisageant éventuellement d'exercer un contrôle sans référence textuelle (II).

I. Le juge israélien et les lacunes constitutionnelles

L'absence initiale de textes fondamentaux, puis leur incomplétude, n'ont pas empêché le juge d'intervenir dans le domaine constitutionnel. Il a dû pallier les lacunes inhérentes à la situation. Il a en particulier été confronté à deux problèmes distincts résultant directement du caractère lacunaires des textes.

D'abord, l'impossibilité d'adopter une déclaration formelle des droits dans un Etat, certes démocratique, mais continuellement soumis à l'état d'urgence, l'a conduit à une vigilance accrue.

Il a ainsi eu à opérer une protection efficace des droits et libertés alors même qu'il ne pouvait jusqu'en 1992, s'appuyer sur aucun texte constitutionnel supérieur (A).

Il a aussi eu à résoudre l'épineuse question du statut des Lois fondamentales et de leur éventuelle protection (B).

A. *La protection des droits et libertés*

Avant même le développement d'un quelconque contrôle de constitutionnalité des lois basé sur l'existence d'un texte supérieur, le juge israélien, à l'image de son homologue britannique³⁶, a exercé un contrôle du respect de la *Rule of Law*. Il a réussi à élaborer une véritable déclaration des droits jurisprudentielle, réellement protectrice des droits et libertés en Israël (1).

Cette garantie aurait pu perdre de son intérêt avec l'adoption des deux Lois fondamentales consacrées aux droits et libertés de 1992 et le développement

35. HCJ 6821/93 *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Coopérative Village* 49 (4) PD 221.

36. Voir Anne Jussiaume *Le juge et la Constitution dans les systèmes britannique, canadien et israélien. Contribution à une théorie de la valeur de l'écrit*, thèse soutenue en 2002 à l'Université Paris II Panthéon-Assas.

du contrôle de constitutionnalité qui s'en est suivi. Néanmoins, l'incomplétude toujours tangible des textes, combinée à leur absence de rétroactivité, ont conduit le juge à continuer d'exercer parallèlement au contrôle de constitutionnalité, un contrôle traditionnel de la *Rule of Law* (2).

1. L'élaboration d'une déclaration des droits jurisprudentielle

La protection des droits dans un Etat soumis depuis sa création à l'état d'urgence, dépourvu de textes garantissant les droits et faisant prévaloir la souveraineté du Parlement, aurait pu s'avérer problématique.

Pourtant, même en l'absence de texte spécifiquement consacré à la défense des droits et libertés, le juge israélien, en respectant la tradition britannique, voire en la dépassant, a réussi à opérer une protection relativement efficace des droits individuels. Le Parlement, quant à lui, a laissé les juges prendre cette responsabilité principale dans la protection des droits.

Ainsi et autant que possible, le juge a pris le parti d'interpréter les lois en conformité avec les droits fondamentaux, notamment ceux proclamés dans la Déclaration d'Indépendance. Il a développé une Constitution interprétative où les droits individuels ne pouvaient être remis en cause que par une intention claire et sans ambiguïté du législateur. Les tribunaux présumaient que le législateur ne voulait pas porter atteinte aux droits fondamentaux ; ainsi, en cas de possibilités multiples d'interprétation, le juge choisissait toujours celle qui était la plus respectueuse des droits. Parallèlement, il interprétait toujours restrictivement les éventuelles atteintes aux droits et libertés.

Les juges ont ainsi fait preuve, à de multiples reprises, d'une imagination audacieuse afin de permettre la protection des droits fondamentaux malgré les attaques législatives.

Cette construction prétorienne de la Charte jurisprudentielle des droits a commencé avec l'arrêt *Kol Ha'am*³⁷ (même si quelques autres arrêts antérieurs contenaient déjà les germes de l'évolution³⁸). Cette affaire qui portait sur la suspension abusive de journaux communistes par le Ministre de l'Intérieur, fut l'occasion pour la Cour d'affirmer, dans une décision unanime, l'importance, pour un Etat démocratique comme Israël, de la liberté d'expression.

À partir de cette décision, la Cour s'est efforcée de protéger au mieux les droits et libertés en contrôlant les actes de l'administration mais aussi en interprétant la législation à la lumière de ces droits.

37. *Kol Ha'am v Minister of the Interior* (1953) 7 (2) PD 871.

38. Voir *Al-Karbuteli v. Minister of Defence* (1949-50) 2 PD 5 et *Bejerano v. Minister of Police* (1949) 2 PD 80.

Les juges ont alors élaboré une véritable Charte jurisprudentielle des droits, un « *Judicial Bill of Rights* » comme l'a désigné la doctrine israélienne³⁹, protégeant des droits aussi fondamentaux que la liberté d'expression⁴⁰, la liberté de religion et de conscience⁴¹, la liberté individuelle⁴², le droit à l'égalité⁴³, la liberté d'association⁴⁴, la liberté de manifester⁴⁵, le droit de grève⁴⁶, la liberté professionnelle⁴⁷ ou encore la dignité humaine⁴⁸.

La Cour s'est d'ailleurs décrite comme la protection la plus sûre et la plus objective de l'individu contre les autorités⁴⁹.

La jurisprudence de la Cour s'est néanmoins concentrée essentiellement sur les droits civils et politiques qui étaient originellement les plus menacés (en raison notamment de la situation de guerre) alors que les droits sociaux étaient au contraire garantis par une législation initialement très favorable⁵⁰.

La protection instaurée avait cependant une faille importante : les droits protégés par cette charte jurisprudentielle ne pouvaient s'imposer au législateur qui leur aurait expressément porté atteinte.

39. Suzie Navot, dans son ouvrage de droit constitutionnel (*The Constitutional Law of Israel*, Kluwer Law International 2007) définit le « *judicial bill of rights* » comme « *un catalogue des droits humains et politiques qui ont été reconnus par la Haute Cour de Justice, droits qui ne sont pas inscrits dans des textes législatifs mais dans les jugements des cours.* »

40. Outre l'arrêt Kol Ha'am, note 37, voir aussi HCJ 14/86 Le'or v. Film and Theatre Censorship Board (1987) 41 (1) PD 421; HCJ 399/85 Kahane v. The Israel Broadcasting Authority Board of Directors (1987) 41 (3) PD 255; HCJ 680/88 Schnitzer v. Chief Military Censor (1988) 42 (4) PD 617.

41. HCJ 262/62 Peretz v. Local Council of Kfar Shmaryahu 16 PD 2101 (1962).

42. Al-Karbutli v. Minister of Defence, voir note 38.

43. HCJ 104/87 Nevo v. National Labour Tribunal 44 (4) PD 749.

44. Jaris v. Haifa District Commissioner (1964) 18 (4) PD 673.

45. Sa'ar v. Minister of Interior and Police (1979) 34 (2) PD 169; Levi v. Southern District Police Commander (1983) 38 (2) PD 393.

46. Fainstein v. High School Teachers Organization (1971) 25 (1) 129.

47. Bejerano, voir note 38.

48. Katalan v. Prison Services (1979) 34 (4) PD 294. Dans cette affaire, la Cour indiqua que tous les individus en Israël, y compris les détenus et les prisonniers, bénéficient du droit fondamental à l'intégrité physique et au respect de sa dignité. La réalisation d'un lavement sur un détenu, sans son consentement et sans raison médicale, viole l'intégrité de la personne détenue, porte atteinte à son intimité et viole sa dignité humaine.

49. Meron v. Minister of Labor (1970) 24 PD (1) 337, p.362; Yehoshua v. Appellate Commission under the Invalids (Pension and Rehabilitation) Law (1949) 9 PD 617, p.632.

50. L'idéologie collectiviste du sionisme au début de la naissance de l'Etat était très ancrée alors que les principes libéraux ne l'étaient pas encore.

Ainsi par exemple, dans l'affaire *Rogozinsky*⁵¹, la Cour suprême estima valides les lois qui prévoyaient que les questions de mariage et de divorce des Juifs seraient de la compétence des tribunaux rabbiniques et qu'elles seraient réglées selon les exigences de la *Torah*, alors qu'elles étaient contraire au principe de liberté de conscience.

Tel était le système de protection des droits à la veille de la révolution constitutionnelle opérée en 1992-1995 : un système dans lequel, malgré l'absence de contrôle de constitutionnalité classique, les droits et libertés étaient protégés.

1995 marque le passage à ce que certains considèrent comme une modernité constitutionnelle. Le juge israélien, à partir de la décision *United Mizrahi Bank*⁵² accepte de contrôler la constitutionnalité des lois votées par la *Knesset* par rapport au texte des Lois fondamentales.

Cette évolution n'a cependant pas totalement effacé l'intervention traditionnelle du juge.

2. Le maintien après 1995 de la protection jurisprudentielle

Les juges israéliens lorsqu'ils décident en 1995 de mettre en place un contrôle de constitutionnalité de la loi par rapport aux Lois fondamentales, à l'image de ce qu'avaient fait, quelques siècles auparavant, leurs homologues américains dans l'affaire *Marbury vs Madison*⁵³, ne sont pas néanmoins dans une situation comparable.

En effet, comme pour les juges américains, aucun texte ne leur donnait expressément le pouvoir de contrôler le législateur, mais contrairement à ces derniers, ils ne bénéficiaient pas d'un texte constitutionnel unique, écrit et clairement suprême sur lequel s'appuyer. Le texte dont ils disposaient était incomplet et pour une partie non rétroactif. Par conséquent, le juge israélien va continuer, en dehors des cas « rattachables » au texte des Lois fondamentales, à utiliser sa jurisprudence traditionnelle.

Cette jurisprudence peut d'abord être utilisée dans tous les cas où le texte est muet.

Beaucoup de droits sont passés sous silence dans les deux textes de 1992. En premier lieu, le principe d'égalité n'a pas été intégré à la Loi fondamentale relative à la Dignité Humaine et à la Liberté. Cette omission a été volontaire puisqu'elle permettait d'obtenir un accord sur le texte dans un système où l'application

51. CA 450/70 Rogozinsky v. State of Israel 26 (1) PD 129.

52.. Voir note 35.

53 Voir par exemple Rivka Weill, *Sui Generis ? The Hybrid Israeli Constitutional Experience*, May 8 2009, www.ssrn.com, p.3.

de l'égalité est problématique. Les différences parfois faites entre Juifs et non Juifs, ou entre hommes et femmes (notamment dans les domaines réservés aux Religieux) ne pouvaient se concilier aisément avec l'affirmation dans un texte supérieur du principe d'égalité.

La liberté de religion et la liberté de conscience ont également été écartées pour des raisons similaires. Mais on ne trouve pas non plus dans les textes de 1992 ni la liberté d'expression, ni celle d'association, ou de circulation.

Ainsi, parmi les droits civils et politiques, plusieurs droits essentiels sont ainsi passés sous silence. Les droits économiques et sociaux font également défaut de même que les droits procéduraux comme le droit à un procès équitable.

Dès lors, les juges vont nécessairement s'appuyer sur leur jurisprudence antérieure pour protéger au mieux les droits et libertés en Israël.

Dans certains cas, le juge va préférer rattacher ces droits à la Loi fondamentale relative à la Dignité Humaine en utilisant une interprétation extensive⁵⁴. Mais cela n'est pas toujours possible.

En particulier, les droits sociaux sont, d'une part, non prévus par les Lois fondamentales et, d'autre part, difficilement rattachables à la dignité humaine. Ainsi par exemple, dans l'affaire *GILAT*⁵⁵, les juges majoritaires représentés par le juge Orr ont estimé dans un *obiter dictum* que le droit à l'éducation n'était pas un droit constitutionnel parce qu'il ne bénéficiait pas de référence dans la Loi fondamentale. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *YATED*⁵⁶, les juges invoquèrent la charte jurisprudentielle des droits pour protéger le droit à l'éducation contre un acte administratif et dans l'arrêt *Marzianno*⁵⁷, ils affirmèrent que la loi contestée devait être interprétée conformément au droit à l'éducation sans avoir besoin de se référer à une Loi fondamentale.

Dans un tel contexte, le juge israélien peut toujours faire appel à la protection jurisprudentielle des droits développée avant 1992.

La même attitude peut être suivie par le juge dans le cadre du contrôle des lois antérieures à 1992. En effet, la Loi fondamentale relative à la Dignité Humaine et à la Liberté n'est pas rétroactive. Sa section 10 indique en effet : « *Cette Loi fondamentale n'affecte pas la validité des lois antérieures à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale.* » Elle ne peut, par conséquent, pas servir de fondement à l'annulation de lois votées par la *Knesset* avant 1992.

54. CF infra II A 2.

55. HCJ 1554/95 Friends of GILAT v. Minister of Education [1996] 50 (3) PD 2.

56. HCJ 2599/00 YATED v. Minister of Education [2002] 56 (5) PD 834.

57. HCJ 6973/ 03 Marzianno v. Minister of Finance [2003] 58 (2) PD 270.

Toutes les lois adoptées entre 1948 et 1992 restent en vigueur sans possibilité d'invalidation pour incompatibilité avec la Loi fondamentale sur la Dignité Humaine.

Cette disposition, qui a été qualifiée d'anomalie constitutionnelle par le juge Barak, est le résultat d'un compromis politique dont les conséquences juridiques sont importantes puisqu'elle implique l'impossibilité d'un contrôle des lois.

Toutefois, le juge, privé de cet outil, poursuit son œuvre de protection des droits et libertés avec les moyens dont il dispose. Il continue dès lors, comme il le faisait avant 1992, à utiliser le mécanisme de l'interprétation pour arriver à ses fins. Il dispose pour ce faire de la charte jurisprudentielle dégagée avant 1992 et tient compte en outre des Lois fondamentales adoptées en 1992.

Ainsi, dans l'arrêt *Ganimat*⁵⁸, la Loi fondamentale relative à la Dignité Humaine et à la Liberté fut intégrée à la *Common Law*. La Loi fondamentale ne pouvait pas être utilisée pour invalider une loi antérieure mais pouvait en revanche servir de base à l'interprétation du juge. Comme l'a souligné le juge Barak à cette occasion : « *C'est là que la Loi fondamentale joue son rôle interprétatif (...) La législation reste la même mais sa signification est différente. La validité de la loi existante est préservée, pourtant, une modification a lieu concernant son usage.* »⁵⁹

L'intervention du juge israélien est grande pour pallier les lacunes des textes en matière de protection des droits et libertés. Elle l'a été encore plus pour résoudre l'absence de décision législative quant au statut des Lois fondamentales et à leur contrôle.

B. La question du statut des Lois fondamentales et de leur protection

Les aspects institutionnels du système constitutionnel israélien sont aujourd'hui, dans leur grande majorité, contenus dans les Lois fondamentales de l'Etat. Seules manquent les règles relatives à la législation, au statut des Lois fondamentales et à leur protection.

Dans ce contexte, c'est le juge qui a fait office de « *Constitution-Maker* ». La décision *United Mizrahi Bank* de 1995 a ainsi été l'occasion pour ce dernier d'affirmer l'existence d'une Constitution suprême et d'un contrôle de constitutionnalité afférent.

Avant 1995, aucune décision judiciaire n'avait clairement traité du statut des Lois fondamentales. Le juge s'était appuyé sur le principe de la souveraineté du Parlement pour dénier toute supériorité aux Lois fondamentales, tout en protégeant les quelques articles rigides présents dans ces Lois (1).

58. *Ganimat v. The State of Israel* (1995) 49 (4) PD 589.

59. Note 58, p.756.

En 1995, par une évolution des principes à la base de son raisonnement, le juge a transformé les Lois fondamentales au statut juridique incertain en des textes suprêmes garantis par le juge (2).

1. Le statut originellement incertain des Lois fondamentales

Avant 1995, les juges n'avaient jamais émis de décision claire quant au statut des Lois fondamentales. Ils semblaient s'appuyer sur le principe de souveraineté du Parlement hérité de l'influence britannique⁶⁰.

Ainsi, à plusieurs reprises, le juge a affirmé la souveraineté législative de la *Knesset*⁶¹. Il semblait considérer les Lois fondamentales comme de simples lois ordinaires.

Cette attitude était d'ailleurs justifiée par les conditions d'adoption des Lois fondamentales au sein de la *Knesset*. Celles-ci en effet ne font pour la plupart l'objet d'aucune condition particulière. Les Lois fondamentales, comme les lois ordinaires, sont adoptées selon une procédure identique en trois lectures. Il n'y a pas plus de parlementaires présents lors du vote des Lois fondamentales. Ainsi, de façon surprenante, les Lois fondamentales ne sont pas adoptées par une majorité spéciale, y compris quand elles prévoient parmi leurs dispositions des majorités spéciales. Enfin, les Lois fondamentales sont sujettes à de nombreux amendements⁶² dont la plupart cherchent simplement à répondre à des exigences circonstancielles et politiques⁶³.

Ainsi par exemple en 1994, la Loi fondamentale relative à la Liberté Professionnelle a été modifiée pour permettre l'adoption d'une réglementation interdisant l'importation de viande non cachère qui avait précédemment été invalidée. Cela permettait aussi de faire en sorte que le parti religieux Shass

60. Le jeune Etat était très fortement influencé par le droit anglais : au moment de sa création, il fut décidé de conserver les règles juridiques existantes (*Law and Administration Ordinance* 1948, section 11) parmi lesquelles les règles de *Common Law* étaient majoritaires. En outre, les décisions judiciaires britanniques furent utilisées à titre de précédent : jusqu'en 1980 (c'est-à-dire jusqu'à l'abrogation de l'article 46 du *Palestine Order in Council*), les cours israéliennes furent obligées de suivre les précédents élaborés par leurs homologues britanniques. Enfin les juges israéliens, comme les avocats et les professeurs de droit, étaient (et sont toujours d'ailleurs) formés dans la tradition britannique.

61. CA 228/63 Azuz v. Ezer 17 PD 2541 (1963); HCJ 112/77 Fogel v. Broadcasting Authority 31 (3) PD 657 (1977).

62. Par exemple, la Loi fondamentale La *Knesset* a été amendée presque 40 fois depuis 1958.

63. En 1999, la Haute Cour de Justice qui avait été saisie d'une pétition contre le caractère inapproprié des amendements aux Lois fondamentales a rejeté cette demande : HCJ 5160/99 Movement for Quality Government v. Constitution, Legislation and Justice Committee PD 53 (4) 92.

revienne dans la coalition de l'époque. Dans le même esprit, le juge permettait à la *Knesset* d'amender les Lois fondamentales par le biais de simples lois ordinaires⁶⁴, la différence entre les termes Loi fondamentale et loi ordinaire ayant même été qualifiée de simplement « sémantique »⁶⁵ par la Cour suprême.

En outre, le juge appliquait les principes traditionnels britanniques selon lesquels d'une part la loi la plus récente abroge la loi la plus ancienne y compris de façon implicite et d'autre part les dispositions spéciales l'emportent sur les dispositions générales. Il le faisait indifféremment, que les lois aient été ou non labellisées fondamentales⁶⁶.

Le premier véritable coup porté au principe de souveraineté du Parlement fut asséné par le juge en 1969 avec l'arrêt *Bergman*⁶⁷. Le juge décida alors que les dispositions rigides des Lois fondamentales et, en particulier la section 4⁶⁸ de la Loi fondamentale relative à la *Knesset*, imposait au législateur de respecter les conditions de majorité requises. La *Knesset* avait donc selon la Cour le pouvoir de créer des dispositions s'imposant aux lois ordinaires.

Ainsi, pour la première fois, le juge déclarait une loi invalide pour non-conformité à une disposition d'une Loi fondamentale. Il restait alors à la *Knesset* le choix entre amender la loi qui ne respectait pas l'exigence d'égalité contenue dans la section 4 rigide, ou revoter la même loi en respectant les exigences de majorité⁶⁹.

Cette évolution néanmoins n'eut qu'une portée pratique réduite : le juge n'imposa à la *Knesset* que le respect de dispositions rigides qui n'étaient pas nombreuses, cela n'eut lieu que quatre fois et seulement à propos de la même section 4⁷⁰.

64. HCJ 148/73 Kniel v. Minister of Justice 27 (1) PD 794 ; HCJ 60/77 Ressler v. Chairman of the central elections to the *Knesset* Commission 31 (2) PD 556.

65. Voir note 64, Ressler p.560.

66. HCJ 107/73 Negev Automobile Service Station Ltd v. State of Israel 28 (1) PD 640.

67. HCJ 98/69 Bergman v. Minister of Finance and State Comptroller (1969) 23 (1) PD 693 ; 4 Isl L Rev559.

68. La section 4 de la Loi fondamentale La *Knesset* définissait la nature du système électoral comme ceci : « *La Knesset sera élue par le biais d'élections générales, nationales, directes, égales, secrètes et proportionnelles, conformément à la loi électorale relative à la Knesset ; cette section ne pourra être modifiée que par une majorité des membres de la Knesset* ».

69. En réalité, la *Knesset* vota une nouvelle loi cherchant à respecter la nécessaire égalité des élections (et donc la section 4), tout en respectant les exigences de majorité. Elle était alors doublement assurée de ne pas à nouveau voir sa législation invalidée par le juge.

70. HCJ 246/81 Agudat Derech Eretz v. Broadcasting Authority (1981) 35 (4) PD 1 ; HCJ 141/82 Rubinstein MK v. Chairman of the *Knesset* 37 (3) PD 141 ; HCJ 172,142/89 Le'or Movement v. Speaker of the *Knesset* 44 (3) PD 529.

En outre, d'un point de vue purement théorique, les opinions des juges ne furent jamais très éclairantes quant au statut des Lois fondamentales. Le juge Landau déclara d'ailleurs à cette occasion que la décision *Bergman* laissait toutes les questions constitutionnelles ouvertes⁷¹.

En effet, la théorie de la souveraineté du Parlement n'empêchait pas la *Knesset* de s'autolimiter en introduisant des dispositions rigides. D'ailleurs, cette possibilité n'était pas réservée aux Lois fondamentales. La *Knesset* avait pris l'habitude de « rigidifier » des lois ou des dispositions de lois ordinaires traitant par exemple de questions économiques⁷², ou de questions relatives au territoire israélien.

De plus, l'exigence d'une majorité absolue pouvait être considérée comme une simple exigence de *quorum*⁷³.

Par conséquent, même si la décision *Bergman* a pu être considérée par certains comme un précédent à celle de 1995 (ce qu'elle était au moins en partie puisqu'elle permettait pour la première fois l'invalidation d'une loi votée par la *Knesset*), sa portée pratique réduite combinée à ses justifications théoriques ambiguës n'ont pas permis de clarifier nettement le statut des Lois fondamentales.

De nombreuses questions restaient non résolues : la protection s'appliquait-elle seulement aux dispositions rigides des Lois fondamentales ou à toutes les dispositions rigides même non contenues dans les Lois fondamentales ? Qui devait prévaloir d'une Loi fondamentale non rigide ou d'une loi ordinaire rigide ?

Il a fallu attendre 1995 pour que le juge se décide à résoudre le problème du statut des Lois fondamentales et de leur contrôle.

En 1990, dans l'arrêt *Le'or Movement*⁷⁴, le juge Barak avait indiqué que l'opinion israélienne n'était pas encore prête à voir se développer un contrôle de constitutionnalité.

Cinq ans plus tard, le même juge changeait d'avis, entraînant avec lui la majorité de la Cour suprême ; c'est qu'entre temps, le législateur-constituant avait fait un pas énorme avec l'introduction des deux Lois fondamentales traitant des droits et libertés.

71. Bergman, p.700.

72. Par exemple la loi *The Protection of the Israeli Public Investment in Financial Assets Act* (1984, SH 178) a été rigidifiée (nécessité d'une majorité absolue pour la modifier) afin de prouver à l'opinion publique que le gouvernement n'avait pas l'intention de changer unilatéralement les règles relatives à la Finance et aux instruments financiers.

73. Néanmoins, même si la majorité absolue était l'exigence la plus répandue des dispositions rigides, certains articles mentionnaient une majorité plus importante (majorité des 2/3, notamment dans la Loi fondamentale La *Knesset*).

74. *Le'or Movement v. Chairman of the Knesset* (1990) 44 (3) PD 529.

Le juge a considéré cet événement comme un signal suffisant pour faire évoluer sa jurisprudence et transformer la Constitution israélienne en une Constitution suprême.

2. La suprématie des Lois fondamentales affirmée par le juge

La décision *United Mizrahi Bank* de 1995, qui n'a pourtant conduit à l'invalidation d'aucune loi, est considérée comme le *Marbury vs Madison* israélien. En effet, les juges ont saisi cette affaire non controversée pour affirmer, dans des *dicta*, leur position quant au statut des Lois fondamentales et à leur contrôle éventuel. Ils ont alors décidé du sort de trois questions fondamentales.

La première question était celle du pouvoir constituant de la *Knesset* : les *Knessets*, autres que la première qui avait été élue en tant qu'Assemblée constituante, disposaient-elles du pouvoir d'établir une Constitution ?

Ensuite, en cas de réponse positive à la première question, se posait celle du statut des Lois fondamentales. Les différentes Lois fondamentales étaient-elles toutes des Lois constitutionnelles suprêmes ?⁷⁵

Enfin, en cas de réponse positive aux deux premières interrogations, le juge devait s'interroger sur son pouvoir de contrôle. L'existence de Lois fondamentales constitutionnelles et suprêmes entraînait-elle automatiquement leur contrôle par le juge alors qu'aucun texte ne le prévoyait expressément⁷⁶.

Les réponses furent majoritairement positives dans les trois cas mais il n'y eut pas d'unanimité. Sur les neuf juges, seuls huit estimèrent que la *Knesset* était dotée du pouvoir constituant⁷⁷ et parmi ces huit juges, tous n'étaient pas d'accord sur les fondements théoriques le justifiant.

Le juge Shamgar, partisan du principe traditionnel de la souveraineté du Parlement, estimait qu'en raison de cette souveraineté, la *Knesset* pouvait s'auto-limiter et par conséquent adopter une Constitution.

75. Cette question peut dans une certaine mesure être rapprochée de celle qu'ont eu à trancher les juges français dans la décision de 1971 quand s'est posé le problème du statut juridique du préambule.

76. Seule cette dernière question peut être mise en parallèle avec celle résolue dans l'arrêt américain *Marbury vs Madison*.

77. Le juge Cheshin qui répondit non aux deux premières questions répondit cependant oui à la troisième, ce qui impliquait l'existence du contrôle de constitutionnalité sans l'existence d'une Constitution formellement supérieure.

Le juge Barak, rejoint par trois autres⁷⁸, pensait quant à lui que la *Knesset* bénéficiait d'une double casquette, à la fois législative et constituante et donc pouvait édicter une Constitution.

Enfin, les trois autres juges ne voyaient pas la nécessité de choisir entre les deux théories⁷⁹.

Néanmoins, aucune des justifications avancées ne semble pleinement satisfaisante⁸⁰. D'un côté, la compatibilité du principe de souveraineté du Parlement avec l'existence d'un texte normativement supérieur semble problématique : comment expliquer par exemple, dans un tel système, la supériorité normative de dispositions non formellement rigides ?

De l'autre, l'existence d'un pouvoir constituant distinct du pouvoir législatif (théorie de la double casquette) pose problème en Israël. En effet, seule la première *Knesset* fut effectivement élue pour élaborer une Constitution, les autres (y compris celle qui a adopté les Lois fondamentales de 1992) n'ont jamais été élues sur cette question. Corrélativement, la question du transfert du pouvoir constituant se pose : une Assemblée peut-elle de son seul chef décider de transférer ce pouvoir aux assemblées ultérieures. Ne s'octroie-t-elle pas alors un pouvoir normalement réservé au peuple ? Ces questionnements sont d'autant plus problématiques que de multiples témoignages montrent que la plupart des parlementaires n'étaient pas conscients de leur rôle de Constituant lors de l'adoption des Lois fondamentales⁸¹.

Ces difficultés pour justifier l'intervention de la Cour expliquent les divisions observées dans les opinions des juges.

Une fois la question du pouvoir constituant tranchée, ils s'interrogèrent sur les conditions d'exercice de ce pouvoir. Barak suggéra que pouvait être considéré comme faisant partie de la Constitution formelle l'ensemble des lois intitulées Lois fondamentales, votées en application de la résolution *Harari* et sans référence de date.

Cette position paraissait logique et permettait une détermination objective de ce qui constituait la Constitution israélienne. La *Knesset*, lorsqu'elle utilisait les termes « Lois fondamentales » sans marque d'année, exerçait son pouvoir constituant. En dehors de ce cas, elle exerçait son pouvoir législatif.

Cette solution, qui avait l'avantage de la simplicité, fut cependant obscurcie par une seconde considération du juge Barak qui estimait que deux lois (qui pourtant ne répondaient pas aux critères précédents) étaient également consti-

78. Dov Levin, Eliahu Matza, Itzak Zamir.

79. Zvi Tal, Eliezer Goldberg, Gabriel Bach.

80. Voir en particulier Rivka Weill, voir note 53.

81. Voir notamment Judith Karp, représentant du ministère de la Justice lors du vote des Lois fondamentales de 1992.

tutionnelles : la loi du retour adoptée en juillet 1950 et la loi sur l'égalité des droits des femmes adoptée en 1951⁸².

Les juges ayant à la fois affirmé l'existence d'un pouvoir constituant et le caractère suprême des Lois fondamentales estimèrent ensuite qu'ils pouvaient opérer le contrôle de constitutionnalité sur ces bases.

L'intervention du juge pour combler les lacunes des textes constitutionnels a donc été réelle en Israël. Si beaucoup ont à cet égard parlé d'activisme de la Cour suprême, l'on doit cependant souligner que cette attitude de la Cour a été rendue possible par l'approbation implicite du pouvoir législatif-constituant qui n'a jamais attaqué les positions prises par la Cour.

Quand pour la première fois dans l'arrêt *Bergman*, la Cour a estimé une loi non-conforme à une Loi fondamentale, et l'a invalidée, le Parlement, au lieu de se rebeller, a préféré revoter la loi en respectant les contraintes imposées par le juge.

Quand, en 1994, la *Knesset* a décidé de modifier les Lois fondamentales votées en 1992, de manière à permettre à une loi invalidée d'être finalement adoptée, c'est, non pas en opposition à la Cour suprême, mais en suivant ses conseils, qu'elle a agi⁸³.

Ainsi, c'est sur la base d'un véritable dialogue entre le Parlement et la Cour suprême que le système a évolué. Le juge y a certes pris une part active mais il l'a toujours fait avec le soutien plus ou moins perceptible du Parlement qui notamment a intégré ce contrôle dans l'élaboration des lois⁸⁴.

Cette attitude positive de la *Knesset* a ainsi permis au juge israélien d'aller plus loin en tirant parti de toutes les potentialités constitutionnelles qui s'offraient à lui.

82. Ces deux lois pourtant ne peuvent pas être formellement rattachées au pouvoir constituant car elles ont été votées après la résolution *Harari* et n'ont pas le nom de Loi fondamentale.

83 HCJ 3872/93 *Metrael v. Prime Minister and Minister of Religions* 47 (5) PD 485, p.505.

84 Avant même leur adoption, les lois sont pensées et élaborées de manière à ne pas provoquer la censure du juge.

II. Le juge israélien et les potentialités constitutionnelles

Depuis 1995, le juge israélien exerce un contrôle de constitutionnalité de la loi sur la base des Lois fondamentales votées par la *Knesset* dans le cadre de son pouvoir constituant.

Il a exercé ce contrôle avec parcimonie depuis lors. En quinze ans, seules cinq lois ont été invalidées pour atteinte aux droits protégés dans les Lois fondamentales⁸⁵. Toutefois, son intervention ne saurait se résumer aux seules lois déclarées inconstitutionnelles.

Le juge israélien a ainsi dû préciser les rouages de ce tout nouveau contrôle (A). Il a alors été confronté à la difficile question du contrôle des lois par rapport à des valeurs supra constitutionnelles (B).

A. Le juge et l'exercice du contrôle de constitutionnalité

En 1995, lorsque le juge décide, grâce à la technique des *dicta*, d'introduire le principe du contrôle de constitutionnalité de la loi, il ne bénéficie d'aucun fondement textuel, les conditions d'exercice du contrôle ne sont pas encore précisées. C'est donc le juge qui va en déterminer les modalités, tant du point de vue technique et procédural (1) que du point de vue matériel (2).

1. L'extension de la procédure de judicial review au contrôle des lois

Le juge israélien, lorsqu'il a pour la première fois été confronté à la question de l'invalidation d'une loi, a très naturellement utilisé la procédure de *judicial review*. Cette procédure permet traditionnellement dans les systèmes de *Common Law* de contester les actes des pouvoirs publics. Etant donné le caractère essentiellement jurisprudentiel de cette procédure, son application à la législation n'a entraîné ni problème particulier, ni réglementation spécifique.

Ainsi, en Israël, aucune Loi fondamentale, ni aucun texte d'une autre nature que ce soit ne réglemente le contrôle de la loi. En particulier, rien n'est prévu dans les textes concernant les autorités compétentes, les types de contrôle, ou

85. HCJ 1715/97 Lishkat Menahalei Haskaot in Israel v. Minister of Treasury 51 (4) PD 364 (1997).

HCJ 6055/95 Tzemach v. Minister of Defence 53 (5) PD 241 (1999).

HCJ 1030/99 MK Oron v. Chairman of Knesset 56 (3) PD 640 (2002).

HCJ 1661/05 Hamoeza Haезurit Hof Aza v. Israeli Knesset 59 (2) PD 481 (2005).

HCJ 8276/05 Adalah-The Legal Center for Arab Minority Rights in Israel v. Minister of Defence (2006).

les effets des décisions. C'est au juge qu'il est revenu de résoudre ces questions techniques, d'où parfois un certain flou juridique⁸⁶.

À cet égard, le problème de la centralisation du contrôle n'est pas encore clairement tranché.

L'organisation judiciaire israélienne se compose principalement de trois types de tribunaux⁸⁷ : les *Magistrate's Court*, les *District Court* et la *Supreme Court*.

En l'absence de texte constitutionnel traitant de la question du contrôle de la loi, tous ces tribunaux peuvent en principe exercer ce contrôle.

En réalité, la pratique veut que dans la très grande majorité des cas, le contrôle soit effectué par la Cour suprême en tant que Haute Cour de Justice⁸⁸. La Haute Cour est en effet principalement chargée du mécanisme de *judicial review* et traite des questions qui, éventuellement, peuvent entraîner l'invalidation de la loi.

Cet usage n'a cependant jamais fait l'objet d'une quelconque confirmation juridique, ni de la part du législateur, ni de celle de la Cour suprême qui, tout en le respectant, ne l'a jamais expressément reconnu. Cette lacune du système a ainsi conduit les juges du premier degré à utiliser aussi le pouvoir d'invalidation de la loi (à la grande stupeur de la *Knesset* qui a considéré cette action comme un détournement de pouvoir). Cette situation n'a eu lieu qu'une seule fois⁸⁹. Elle est généralement considérée comme extrême et indésirable par les acteurs du système israélien. Néanmoins, elle est la conséquence directe de l'absence de règles précises dans ce domaine.

La Cour a également dû résoudre la question technique de la forme du contrôle : en raison de ses caractéristiques prétoriques, le contrôle de constitutionnalité de la loi effectué par la Haute Cour ne peut pas revêtir la forme d'un contrôle abstrait et *a priori*. La cour fait par conséquent l'objet de saisines dans des litiges concrets, saisines qui peuvent être considérées comme privées (lorsqu'il y a atteinte à un droit individuel)⁹⁰ ou publiques (lorsqu'il y a atteinte

86. Notamment quand le juge n'est pas encore intervenu.

87. Des tribunaux spécialisés interviennent également en droit du travail, de la famille, etc.

88. En application de la Loi fondamentale relative au pouvoir judiciaire, la Cour Suprême joue le rôle de Haute Cour de Justice c'est-à-dire qu'elle est chargée généralement en premier et dernier ressort des questions publiques (c'est-à-dire administratives et constitutionnelles). Ce sont les Britanniques qui, pendant la période mandataire, ont écarté les *Magistrates* et *District Courts* des affaires relatives au droit constitutionnel et administratif. Depuis, la Haute Cour de Justice est toujours la juridiction de droit commun même si certains de ses pouvoirs initiaux sont aujourd'hui transférés à d'autres tribunaux.

89. CS 4696/01 Tel-Aviv Magistrate Court (2004), Justice David Rosen.

90. La saisine sera aussi considérée comme privée si le requérant appartient à un groupe de citoyens auquel la décision particulière porte atteinte.

à un intérêt public [*public harm*])⁹¹. Aucune technique de filtrage n'a été mise en place alors même que la Haute Cour de Justice est censée être la seule à intervenir dans ce domaine.

Les cas d'ouverture du contrôle de la loi ont également été dégagés par le juge lui-même. L'invalidation d'une loi dans le cadre du *judicial Review* ne peut se faire théoriquement en Israël que sur deux fondements : la constitutionnalité interne ou externe des textes.

Les lois peuvent par conséquent être invalidées pour violation d'un droit contenu dans une Loi fondamentale, elles peuvent aussi théoriquement être invalidées pour atteinte aux règles procédurales prescrites par la *Knesset* elle-même⁹².

Dans le premier cas, le juge applique depuis l'introduction des deux Lois fondamentales de 1992, un test de proportionnalité. Ainsi, que ce soit dans le cadre du contrôle des lois ou dans celui des décisions administratives, il vérifie la proportionnalité de l'atteinte aux risques encourus.⁹³

La Cour a aussi précisé les effets de ses décisions. Elle a ainsi en 1996⁹⁴, défini les différents types de décisions que peut prendre le juge israélien. Elle a notamment indiqué qu'entre l'invalidation totale de la loi et le rejet simple de la demande pouvait exister une situation intermédiaire, l'invalidité relative (*Relative Invalidity*).

L'intervention de la Cour suprême depuis 1995 a par conséquent été importante pour préciser les modalités techniques du contrôle prétorien de constitutionnalité de la loi. Le juge s'est généralement référé aux solutions développées dans les démocraties modernes pour résoudre les problèmes techniques auxquels il a été confronté. Sa tâche est d'ailleurs loin d'être achevée.

La remarque vaut également pour la détermination par le juge de l'étendue de son contrôle.

91. Dans le cadre d'une requête publique, le requérant ne représente plus un intérêt individuel mais un secteur de la société. Néanmoins, il n'a besoin d'aucune autorisation particulière issue de ce secteur.

L'*Actio Popularis* est reconnue en Israël : voir Barzilai v. Government of Israel 40 (3) PD 505 ; Aloni v. Minister of Justice 41(2) PD 441.

92. La Cour a en effet indiqué dans un *obiter dictum* que la *Knesset* doit respecter ses propres règles de procédure. HCJ 4885/03 Poultry Growers Association of Israel Ltd v. Government of Israel 59 (2) PD 14. Néanmoins, elle n'est jamais allée jusqu'à, souveraineté du Parlement oblige, contrôler effectivement le règlement de l'Assemblée et le respect de ce dernier.

93. Voir par exemple: HCJ 2056/04 Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel [2004] Isr SC 58 (5) 807 ; HCJ 7957/04 Marq'abe v. The Prime Minister of Israel (2005).

94 HCJ 6652/96 Citizen's Rights Association v. Ministry of the Interior 52 PD (3) 117.

2. L'interprétation extensive des Lois fondamentales

À partir de 1995, la Cour va utiliser les Lois fondamentales à sa disposition pour effectuer son contrôle. Mais comme cela a déjà été souligné, celles-ci sont lacunaires. C'est par conséquent grâce à une interprétation extensive des Lois fondamentales que la Cour va réussir à développer une véritable protection des droits fondamentaux.

Elle va notamment s'appuyer sur la Loi fondamentale consacrée à la dignité humaine pour protéger des droits non expressément garantis.

C'est en particulier dans la décision *Miller*⁹⁵ que la question de la protection de droits non expressément énumérés fut posée. La requérante, Alice Miller, n'avait pas été autorisée à travailler dans la force aérienne israélienne en raison de sa qualité de femme. Elle attaqua alors la décision de l'administration militaire pour non respect de sa dignité humaine, liée à l'absence d'égalité entre hommes et femmes. Malgré deux opinions dissidentes, la majorité des juges de la Cour estima que le principe d'égalité était un principe constitutionnel qui devait être protégé.

Ainsi, malgré le refus délibéré et explicite des parlementaires d'inclure l'égalité dans la Loi fondamentale, les juges ont estimé que l'objectif de protection de la dignité humaine contenu dans la Loi fondamentale était assez large pour intégrer le principe d'égalité lorsque l'atteinte à ce principe avait pour conséquence une humiliation qui correspondait à une perte de dignité humaine.

Certes l'arrêt *Miller* ne concernait pas un problème d'invalidation législative mais l'on peut penser que la solution aurait été similaire puisque, comme l'a affirmé le juge Dorner, les Lois fondamentales « *ont octroyé un statut constitutionnel –supra-législatif- au principe d'égalité* »⁹⁶.

Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Movement for Quality Government*⁹⁷, la Cour suprême a réaffirmé la constitutionnalité du principe d'égalité et est allée encore plus loin puisqu'elle a écarté la notion d'humiliation pour justifier la perte de dignité.

La Cour a indiqué que la dignité humaine « *inclut les discriminations qui ne constituent pas des humiliations, si elles sont étroitement liées à la dignité humaine comme expression de l'autonomie de la volonté individuelle, de la liberté de choix et de la liberté d'action et d'autres aspects similaires de la dignité humaine en tant que droit constitutionnel.* »

Le principe d'égalité a donc été rattaché à la Loi fondamentale comme le furent aussi la liberté d'expression et la liberté de religion. La Cour suprême

95. *Alice Miller v. Minister of Defence* (1995) 49 (4) PD 94.

96. Voir note 95, p.171.

97. HCJ 6427/02 *The Movement for Quality Government in Israel v. The Knesset* [2006].

a traité de tous ces droits comme faisant partie de la dignité humaine et plus spécifiquement du droit à l'autonomie de chaque individu.

L'un des derniers exemples en date concerne le droit de fonder une famille qui a été reconnu dans un arrêt *Adalah*⁹⁸ de mai 2006. La loi contestée (Loi sur la citoyenneté et l'entrée sur le territoire israélien) avait été adoptée pendant la seconde Intifada et interdisait l'entrée en Israël des Palestiniens de Gaza et de Cisjordanie. Elle avait pour conséquence de rendre impossible les regroupements familiaux entre les citoyens arabes israéliens et leurs époux(ses) palestinien(ne)s.

La Cour suprême estima à cette occasion et pour la première fois que le droit à une vie de famille était constitutionnel mais qu'il devait se concilier avec les impératifs de sécurité. Par une majorité de 6 contre 5 la loi fut cependant déclarée conforme à la Loi fondamentale.

Le Vice-président Cheshin affirma à cette occasion :

« Le droit de se marier et de fonder une famille est à la base de l'existence d'une société. L'unité familiale est l'unité de base de la société humaine (...) Bien que ce droit, le droit de se marier et de fonder une famille, ne soit pas expressément inclus dans les Lois fondamentales, nous sommes tous d'accord et nous déclarons- que ce droit est dérivé du droit le plus important de tous, le droit à la dignité humaine »⁹⁹.

L'extension interprétative de la notion de dignité humaine a aussi permis une meilleure protection des droits sociaux.

Dans l'affaire *Chalamish*¹⁰⁰, le juge est même allé dans un *dictum* jusqu'à intégrer à la dignité humaine l'idée de droit à la sécurité sociale. Si cette opinion est restée à l'état de simple déclaration pour l'instant, les juges ont cependant affirmé que la notion de dignité humaine impliquait une protection sociale au moins minimum¹⁰¹.

Le juge israélien a par conséquent développé un contrôle de constitutionnalité similaire à celui que l'on peut trouver dans les systèmes du modèle américain de justice constitutionnelle.

L'activisme souvent dénoncé du juge israélien aurait pu le conduire à aller encore plus loin et à protéger, contre les atteintes du législateur, plus que les

98. HCJ 7052/03 Adalah- The Legal Center for Arabe Minority Rights v. The Minister of Interior (2006).

99. §47.

100. HCJ 890/99 Chalamish v. National Security Institute [2000] 54 (4) PD423.

101. RCA 4905/98 Gamzu v. Yeshaiahu [2001] 55 (3) PD 360 ; HCJ 5587/02 Manor v. Treasury Minister [2004] 59 (1) PD 729 ; HCJ 888, 366/03 Commitment to Peace and Social Justice Association v. Minister of Finance.

Lois fondamentales, les valeurs fondamentales de l'Etat d'Israël. Si le juge n'est pas pour l'instant allé jusque là, cette question qui fait débat n'est pas encore tranchée.

B. Le juge et les valeurs supra-constitutionnelles de l'État d'Israël

Le juge israélien n'a jamais hésité à faire référence aux principes fondamentaux et aux valeurs fondamentales de l'Etat d'Israël, notamment pour protéger les droits des individus.

C'est d'ailleurs à la jurisprudence de la Cour suprême qu'il faut se référer si l'on souhaite entreprendre une analyse exhaustive de ces principes. Ainsi par exemple dans l'arrêt *Borochov*¹⁰², le juge Barak a précisé le contenu des principes fondamentaux du système israélien. Il a en l'espèce affirmé que l'égalité, la justice et la moralité font partie de ces principes de base. La liste cependant est ouverte et l'on peut y faire rentrer en particulier la séparation des pouvoirs, l'indépendance judiciaire¹⁰³, l'état de droit ou encore les valeurs démocratique¹⁰⁴ et juive de l'Etat d'Israël.

Le juge n'est pour l'instant pas allé jusqu'à invalider les lois votées par la *Knesset* sur la base de ces principes non écrits et encore moins jusqu'à contrôler les Lois fondamentales elles mêmes sur un tel fondement. Néanmoins, les juges ne se sont pas montrés complètement hostiles à une telle évolution.

L'idée avait ainsi déjà été envisagée par certains juges avant la révolution constitutionnelle de 1992-95, afin de pallier l'absence de contrôle de constitutionnalité (1).

Cette solution, mise de côté suite à l'adoption des Lois fondamentales relatives aux droits et libertés et au développement du contrôle de constitutionnalité, a semble-t-il refait surface. De nouvelles opinions jurisprudentielles font en effet penser que l'idée n'est pas complètement abandonnée (2).

1. Valeur fondamentales et contrôle de la loi sans Constitution formelle

Les juges israéliens ont très tôt été saisis d'affaires dans lesquelles on leur demandait de remettre en cause la validité de lois qui auraient porté atteinte à des droits fondamentaux. Les requérants s'appuyaient alors sur le droit naturel

102. CA 677/83 *Borochov v. Yefet* 39 (1) PD 205.

103. Voir note 40.

104. EA 2/84 *Naiman v. Chairman Central Election Committee* 39 (2) PD 225.

pour obtenir l'invalidation des lois¹⁰⁵. Si les juges ont refusé très clairement le principe tendant à faire prévaloir le droit naturel sur les lois existantes¹⁰⁶, ils ont parfois donné l'impression que le principe supportait des exceptions.

L'affaire *Yeredor*¹⁰⁷ de 1965 en est un bel exemple. La commission des élections centrales avait à l'époque décidé d'exclure des élections à la sixième *Knesset* un parti politique arabe radical qui, entre autre, prônait la destruction de l'Etat d'Israël. Cette commission avait agi de la sorte, alors même que la loi n'autorisait nullement la commission à exclure un parti sur la base de son idéologie. Elle était simplement chargée de vérifier que les partis remplissaient certaines conditions formelles, d'ailleurs respectées par le parti en question. La position adoptée par la Commission semblait contestable dans la mesure où d'une part la loi instituant la commission ne lui accordait pas ce pouvoir et où d'autre part, la Loi fondamentale relative à la *Knesset* garantissait explicitement l'égalité de tous les partis dans le cadre des élections.

Assez surprenante fut donc la décision majoritaire de la Cour de soutenir le point de vue de la Commission.

La Cour estima en effet qu'il fallait protéger Israël contre des partis qui utilisaient les voies démocratiques pour détruire l'Etat de l'intérieur. Le juge Agranat affirma d'ailleurs que la définition d'Israël en tant qu'Etat juif était « *un facteur constitutionnel irréfutable* » qui ne pouvait être remis en cause par le Législateur et qu'un parti qui rejetait ce facteur ne pouvait pas, par conséquent, participer aux élections parlementaires.

Certes, la Cour dans cette affaire n'invalida pas la loi votée par la *Knesset*, elle se contenta d'autoriser l'exclusion opérée par la commission des élections. Toutefois, les juges ont clairement contourné, sur la base des principes fondamentaux non écrits, non seulement la Loi relative au rôle de la Commission mais aussi le principe d'égalité formulé dans la Loi fondamentale relative à la *Knesset*¹⁰⁸.

Les interprétations doctrinales de la décision *Yeredor* ne sont pas toutes convergentes et ne concluent pas toutes à la mise en place par le juge d'une

105. L'impossibilité de se marier civilement en Israël a par exemple souvent été contestée comme contraire à la liberté de ne pas avoir de religion. Voir Anne Jussiaume, Laïcité(s) Israël, Etat juif et démocratique. Complémentarité ou contradiction. CRADPEC Juin 2008.

106. CE 450/70 Rogozinski v. State of Israel 26 (1) PD 129.

107. EA 1/65 Yeredor v. Chairman of Central Elections Committee for the 6th *Knesset* (1965) 19 (3) PD 365.

108. À ce titre, il est intéressant de noter que la décision ne fut pas unanime et que l'un des juges manifesta son opposition à la solution retenue dans une opinion dissidente. Le juge Cohn affirma qu'à son avis, le droit fondamental des citoyens de participer à des élections et d'être élu ne pouvait être remis en cause que par une intervention expresse du législateur. Voir note 107, p.381-2.

supra-constitutionnalité s'imposant non seulement aux lois mais également aux Lois fondamentales. Il s'agit cependant d'une hypothèse plausible qui a de nouveau été soulevée par la suite.

Ainsi, en 1987, une action fut engagée pour remettre en cause des dispositions législatives contraires au principe d'égalité devant la loi. Il était donc clairement question de mettre en place un contrôle de constitutionnalité des lois. L'opération se solda par un échec mais les positions de certains juges semblaient déjà très ouvertes.¹⁰⁹ Le juge Shamgar indiqua par exemple qu'« *il ne traiterai pas de la décisive question de l'étendue du contrôle de la constitutionnalité des lois par rapport et au-delà des dispositions rigides des Lois fondamentales* ».

Ceci sous-entendait que plus tard, peut-être, il traiterai de cette question. Dans le même esprit et plus clairement encore, la décision *Le'or Movement*¹¹⁰ fut l'occasion pour certains d'envisager un contrôle de constitutionnalité très large.

En particulier, le juge Barak, dissident, affirma dans un *obiter dictum* que la Cour suprême avait le pouvoir théorique de déclarer une loi invalide si cette dernière contredisait un principe fondamental du système juridique. Pour le juge Barak, cette possibilité concernait non seulement les lois ordinaires mais également les Lois fondamentales.

Néanmoins, le juge Barak ne préconisa pas l'application immédiate de ce principe au système israélien. Selon lui, une telle démarche ne pouvait avoir lieu qu'avec un appui populaire fort, or il estima ne pas bénéficier d'un consensus populaire assez important et assez clair pour franchir le pas.

La décision majoritaire de la cour fut quant à elle plus classique : elle décida d'appliquer la jurisprudence *Bergman* et d'invalider la loi qui portait atteinte à la section 4 de la Loi fondamentale relative à la *Knesset*.

Sans constituer un précédent obligatoire, l'opinion de Barak, qui allait devenir le Président le plus influent de l'histoire de la Cour suprême, était très révélatrice de l'évolution probable en matière constitutionnelle.

Le juge avait prévenu qu'il serait possible pour la Cour suprême, dans un futur plus ou moins lointain, de procéder au contrôle de constitutionnalité des lois, que le système soit ou non doté d'une Constitution formelle.

Il restait donc à la *Knesset* de prendre ses responsabilités et d'élaborer elle-même cette Constitution pour empêcher que le juge ne prenne le relais et décide à sa place du contenu des normes supra-législatives.

La *Knesset*, en votant en 1992 les deux Lois fondamentales consacrées aux droits et libertés répondit, partiellement au moins, à cet avertissement. On aurait pu penser alors que l'intervention parlementaire combinée à son exploitation

109. *Cohen v. Minister of Labour and Welfare* (1987) 41 (2) PD 540.

110. *Le'or Movement v. Chairman of the Knesset* (1990) 44 (3) PD 529.

par le juge permettrait d'empêcher les velléités judiciaires futures. Pourtant, dans un contexte où les Lois fondamentales sont toujours incomplètes et où elles peuvent, pour la plupart, être modifiées dans des conditions identiques à celles des lois ordinaires, le juge peut être amené à de nouveau intervenir pour pallier les insuffisances de la *Knesset* et contrôler ses éventuelles dérives.

2. Le contrôle de la loi au-delà de la Constitution formelle

Depuis la décision *United Mizrahi Bank* de 1995, c'est à chaque fois par une référence à une Loi fondamentale que les lois ont été invalidées. Pourtant, le juge Barak, dans sa longue opinion avait développé une théorie audacieuse suggérant que les juges pourraient éventuellement contrôler les Lois fondamentales elles-mêmes, en d'autres termes qu'ils pourraient affirmer l'inconstitutionnalité d'amendements constitutionnels et donc contrôler le pouvoir constituant lui-même par rapport aux valeurs fondamentales de l'Etat d'Israël.

Le juge Barak ne précisa cependant pas quelles étaient ces valeurs, ni de quelle source elles dériveraient. En outre, la Cour suprême préféra par la suite invalider les lois sur le fondement d'une interprétation extensive des Lois fondamentales écrites plutôt que de se baser sur des valeurs non écrites *a priori* plus floues.

Malgré tout l'hypothèse restait envisageable. Elle l'était d'autant plus que la Cour suprême israélienne, comme ses homologues anglo-saxonnes, restait coutumière des évolutions jurisprudentielles graduelles.

Les juges en utilisant par exemple la technique des *dicta* pourraient faire évoluer de façon progressive leur jurisprudence.

Ainsi, dans la deuxième décision *Metrael*¹¹¹, le juge Barak suggéra grâce à un *obiter dictum* qu'une loi qui porterait sévèrement atteinte aux principes les plus fondamentaux de l'Etat Juif et démocratique pourrait être déclarée inconstitutionnelle malgré la présence dans la loi d'une clause de dérogation expresse¹¹².

Une nouvelle occasion se présenta en 2006 lorsque la Cour suprême eut à examiner la validité d'une loi votée en 2002 qui autorisait l'exemption militaire des hommes ultra-orthodoxes¹¹³.

La question était sensible et faisait suite à une longue procédure. Jusqu'en 2002, l'exemption n'avait pas été prévue dans une loi mais résultait de la pratique initiée par David Ben Gourion au lendemain de la création de l'Etat. Cette pratique avait été contestée devant les juges dès les années 1970, mais ces derniers

111. HCJ 4676/94 *Metrael Ltd v. The Israeli Knesset*.

112. "*Notwithstanding provision*".

113. HCJ 6427/02 *The Movement for Quality Government v. The Knesset* (5 nov 2006).

avaient d'abord décliné leur compétence, estimant que les questions n'étaient pas recevables (manque de justiciabilité et d'intérêt à agir)¹¹⁴.

Les choses changèrent en 1988 lorsque la Cour opéra un revirement de jurisprudence et permit à chaque citoyen de saisir la Haute Cour de Justice¹¹⁵. Cependant, la Cour ne saisit pas cette opportunité pour interdire l'exemption, elle indiqua alors, par l'intermédiaire d'un *dictum* que, lorsque les exemptions deviendraient trop nombreuses (en pourcentage et en nombre absolu), elle réexaminerait la question.

C'est ce qu'elle fit dix ans plus tard dans la décision *Rubinstein*¹¹⁶. A cette occasion, elle affirma qu'une telle exemption ne pouvait être décidée que par le législateur et non par le seul ministre de la défense.

Le vote d'une loi eut donc lieu en 2002, loi qui ne manqua pas d'entraîner de nouvelles contestations. La loi fut portée devant la Cour suprême par le *Mouvement pour la Qualité du Gouvernement*¹¹⁷ qui estimait que cette législation, « humiliante » et discriminatoire, devait être invalidée.

La Cour, dans une opinion majoritaire, tout en élargissant la possibilité de rattacher le principe d'égalité à la Loi fondamentale relative à la Dignité humaine¹¹⁸ refusa d'invalider la loi.

Pourtant, ce qui doit être souligné dans cette décision est peut-être moins la décision majoritaire de la Cour que l'opinion dissidente du juge Cheshin. Ce dernier trouvait cette loi tellement inacceptable qu'il la déclara contraire aux principes non écrits les plus fondamentaux du système juridique israélien, et comme telle invalide.

Il admit clairement que la loi ne pouvait pas être considérée comme contraire à la Loi fondamentale relative à la Dignité Humaine et à la Liberté mais il l'a cependant estimée contraire aux valeurs les plus essentielles de l'Etat d'Israël.

Ainsi, le juge Cheshin, dans une opinion dissidente mais avec toute l'autorité morale que sa position de doyen lui conférait, estima dans cette décision que des contraintes matérielles non écrites s'imposaient au pouvoir législatif de la *Knesset*. Cette solution n'a pour l'instant pas été suivie par une majorité de juge à la Cour suprême. Néanmoins, souhaitable ou non, une telle évolution semble de l'ordre du possible dans le système israélien.

114. HCJ 40/70 Baker v. Minister of Defence PD 24 (1) 238 ; HCJ 448/81 Ressler v. Defence Minister 36 (1) PD 81; HCJ 179/82 Ressler v. Defence Minister 36 (4) PD 421.

115. HCJ 910/86 Ressler v. Minister of Defence 42(2) PD 441.

116. HCJ 3267/97 Rubinstein v. Defence Minister 52 (5) PD 481.

117. Le « *Movement for Quality Government* est une organisation non gouvernementale spécialisée dans les recours devant la Haute Cour de Justice contre les décisions gouvernementales et administratives non valides d'un point de vue administratif ou constitutionnel.

118. Voir note 97.

Le juge israélien est un juge très actif, ce qui ne l'empêche pas de faire preuve de prudence. Dans la plupart des cas, il agit en deux, voire trois temps : les opinions les plus controversées et les plus révolutionnaires font souvent d'abord l'objet d'une opinion dissidente de la part d'un juge éminent et respecté, lorsque les esprits semblent prêts à l'évolution, le principe est posé dans un *obiter dictum* mais non appliqué à l'affaire correspondante, puis enfin, une fois le principe affirmé, il est appliqué, mais toujours avec une grande prudence.

Le faible nombre d'invalidations législatives en témoigne. Le juge israélien préfère le plus souvent opérer une interprétation audacieuse lui permettant de laisser la loi en vigueur plutôt que de l'invalider.

En 1995, la Cour suprême a d'ailleurs clairement indiqué que :

« le pouvoir de la Cour d'invalidier les lois est comparable à l'utilisation des armes non conventionnelles... Tout le monde sait à quel point ces armes peuvent être destructives même si on ne connaît pas exactement l'étendue des dégâts qu'elles peuvent occasionner. Les personnes responsables de ces armes doivent exercer le plus haut degré de retenue... La Cour n'est censée exercer son pouvoir d'invalidation que dans les cas les plus exceptionnels d'atteinte flagrante aux droits ou aux valeurs fondamentales ». ¹¹⁹

La retenue parfois observée chez le juge est d'ailleurs parfois critiquable. Ainsi Suzie Navot ¹²⁰ relève que le juge est plus que réticent à contrôler des lois temporaires pourtant nettement inconstitutionnelles.

À titre d'exemple, nous pouvons revenir sur l'affaire *Adalah* ¹²¹ dans laquelle la loi (temporaire mais régulièrement reconduite) interdisant l'entrée des Palestiniens sur le sol israélien était contestée. Il fut affirmé dans cette affaire un droit à la vie de famille mais les juges n'allèrent pas jusqu'à déclarer inconstitutionnelle une loi qui empêchait des Palestiniens de rejoindre leur époux(se), citoyen israélien.

Le juge Naor dans une opinion majoritaire justifia ce choix par l'affirmation suivante : « *le droit à la vie de famille est un droit constitutionnel dérivé du droit à la dignité. Mais il n'inclut pas le droit additionnel et dérivé de réaliser cette famille en Israël* » ¹²².

Cette attitude contestable peut être considérée comme défensive et s'expliquer en partie par la crainte d'éventuelles atteintes portées à l'indépendance de

119. HCJ 7111/95 Centre for Local Government v. Knesset 50 (2) PD 485.

120. Voir note 39.

121. Voir note 98.

122. Voir à ce propos Yaacov Ben Shemesh, Immigration Rights and the democratic consideration. Law and Ethics of Human Rights vol 2 [2008] Iss 1Art 15 ; <http://www.bepress.com>.

la Cour. En effet, la tension entre le pouvoir judiciaire et l'exécutif n'a jamais été aussi forte.

Alors que le nouveau président de la Cour, CJ Beinish, semble vouloir continuer l'œuvre de son prédécesseur, il doit faire face à des attaques répétées issues en particulier du Ministre de la Justice.

Ainsi, le 28 juillet 2008 a été adopté un amendement à la Loi relative à la Cour suprême exigeant une majorité qualifiée du comité de nomination pour la désignation des juges à la Cour suprême (au lieu de la majorité simple originellement exigée). Ce changement est clairement lié à la volonté d'empêcher la cooptation des juges qui représentent le tiers du comité de nomination¹²³.

Cet épisode est à rapprocher des multiples tentatives, jusqu'ici infructueuses, de mettre en place une Cour constitutionnelle. Paradoxalement, une telle idée est principalement développée par ceux qui s'opposent au contrôle de constitutionnalité tel qu'il s'est développé en Israël. Selon les adversaires de la Cour suprême en effet, celle-ci constitue une menace pour les valeurs notamment religieuses de l'Etat d'Israël, menace qui, selon ces derniers, disparaîtrait avec une représentation de tous les secteurs de la société. Une telle évolution conduirait sans aucun doute à une paralysie très proche de celle que l'on constate à la *Knesset* dans le domaine constitutionnel.

Anne Jussiaume

Maître de Conférences en droit public à l'Université de Reims Champagne Ardenne.

123. Les juges conservent cependant un droit de véto.