

# La Cour suprême israélienne et le contrôle de constitutionnalité des lois

Suzie NAVOT - Professeure de droit, École Striks de Droit, COMAS College, Rishon Lezion, Israël\*

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 35 - AVRIL 2012

## Introduction : L'histoire constitutionnelle d'Israël

À l'échelle mondiale, Israël est un pays jeune. Suite à l'adoption du plan de partage de la Palestine par les Nations unies en novembre 1947, le mandat britannique a pris fin et l'État d'Israël a déclaré son indépendance en mai 1948<sup>(1)</sup>. À la création d'Israël, il a été statué dans sa Déclaration d'Indépendance : « La mise en place des institutions élues et régulières de l'État se fera conformément à la Constitution qui sera établie par l'assemblée constituante élue... ».

Cette assemblée constituante, chargée d'élaborer une Constitution pour l'État d'Israël, a bien été élue en 1949. Elle a changé son nom en « première Knesset » et a tenu des débats approfondis sur cette Constitution. Toutefois, l'idée même de Constitution avait de nombreux opposants, les débats se sont retrouvés dans l'impasse et la première Knesset s'est dissoute sans qu'une Constitution soit établie. Au lieu de cela, la Knesset a adopté une décision de compromis surnommée « décision Harari »<sup>(2)</sup>. Celle-ci prévoit que la Constitution sera élaborée « chapitre par chapitre » – en d'autres termes, par étape – chacun de ces « chapitres » étant appelé loi fondamentale. La charge d'établir ces lois fondamentales a été confiée à la commission des lois et de la justice de la Knesset, l'ambition étant que, le jour venu, toutes ces lois fondamentales soient réunies pour former la Constitution israélienne. Lors de son autodissolution en 1951, la première Knesset a adopté la loi de transition vers la deuxième Knesset, selon laquelle sont attribués à cette deuxième Knesset tous les pouvoirs de la première, cette disposition s'appliquant « à toutes les Knesset qui suivront ». La deuxième Knesset a effectivement commencé à travailler sur la première des lois fondamentales, la loi fondamentale sur la Knesset, et l'adoption de lois fondamentales s'est poursuivie depuis.

La décision Harari a eu pour conséquences l'abandon de la décision sur l'adoption d'une Constitution complète pour l'État d'Israël et son élaboration par chapitre. Aujourd'hui on compte onze lois fondamentales, mais une Constitution israélienne complète n'a toujours pas vu le jour.

En 1992, presque toutes les lois fondamentales portant sur les institutions israéliennes avaient été adoptées mais, depuis de longues années déjà, la Knesset ne parvenait pas à faire voter le chapitre sur les droits de l'homme. C'est finalement en 1992 qu'ont été adoptées en Israël deux lois fondamentales concernant les droits de l'homme : la loi fondamentale sur la dignité de l'homme et sa liberté et la loi fondamentale sur la liberté d'occupation professionnelle. L'adoption de ces deux lois fondamentales a résulté de la décision d'adopter graduellement la loi fondamentale sur les libertés publiques et les droits de l'homme : cette idée du « parcellement » du projet de loi fondamentale sur les droits de l'homme en plusieurs lois fondamentales séparées, était une démarche qui a permis d'obtenir le soutien d'une majorité des députés à la constitutionnalisation de certains droits fondamentaux. L'objectif de ce compromis était de permettre l'adoption de lois fondamentales sur les droits de l'homme tout en laissant en attente le débat sur les droits « problématiques » tels que la liberté de culte, de parole, de conscience, l'égalité etc. Cette idée originale a permis à la Knesset de surmonter l'opposition de certains de ses membres et d'ouvrir la voie à l'adoption de deux lois fondamentales sur lesquelles il existait un consensus : la loi fondamentale sur la liberté d'occupation professionnelle et la loi fondamentale sur la dignité de l'homme et sa liberté. <sup>(3)</sup>

L'adoption de ces lois fondamentales portant sur les droits de l'homme a entraîné un profond changement du droit constitutionnel israélien que l'on a appelé la « révolution constitutionnelle ». Dans un arrêt de 1995, le cas - Bank Mizrahi <sup>(4)</sup>, la Cour suprême a reconnu le statut constitutionnel, « au-dessus des lois », des lois fondamentales, qui leur permet de restreindre le pouvoir de la Knesset, la Cour ayant quant à elle le pouvoir d'appliquer ces restrictions grâce au contrôle de constitutionnalité des lois. Dans l'arrêt Bank Mizrahi – peut-être l'arrêt le plus important en matière de droit constitutionnel depuis la création de l'État – les juges de la Cour suprême ont établi que les lois fondamentales sur les droits de l'homme limitent le pouvoir de la Knesset, même lorsqu'elles peuvent être modifiées à la majorité simple, et qu'Israël possède une Constitution en bonne et due forme. C'est une Constitution limitée et infirme, mais selon cette Constitution une loi qui porte atteinte à un des droits mentionnés dans les lois fondamentales et ne respecte pas les critères qui y sont mentionnés, peut être déclarée nulle par la Cour suprême.

Cet arrêt a jeté les bases des principes constitutionnels sur la supériorité des lois fondamentales, qui s'appuie sur la doctrine du pouvoir constituant de la Knesset ; de l'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois ; et d'une limitation des pouvoirs de la Knesset. C'est ainsi qu'Israël est devenu un État constitutionnel.

Les conséquences de cette révolution constitutionnelle sont nombreuses. Elles ne s'arrêtent pas au domaine juridique mais concernent également le domaine politique.

Suite à la révolution constitutionnelle, la Knesset et l'opinion publique ont pris conscience ces dernières années du statut particulier que possèdent les lois fondamentales. L'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois a obligé la Knesset à s'assurer que les lois correspondent aux règles fixées par les lois fondamentales et à examiner leur constitutionnalité. Bien que le contrôle de constitutionnalité ait été utilisé depuis avec retenue et modération, la Cour suprême a, de fait, continué à affirmer avec constance qu'il existe en Israël un contrôle de constitutionnalité des lois, une affirmation qui se base donc sur la supériorité des lois fondamentales<sup>(5)</sup>. En revanche, cette révolution constitutionnelle a entraîné un arrêt du processus constitutionnel, la Knesset n'ayant pas adopté depuis de loi fondamentale ni achevé l'élaboration de la Constitution. L'arrêt de ce processus a obligé la Cour suprême à combler le vide laissé par le pouvoir politique, en reconnaissant des droits de l'homme qui n'ont pas été inclus dans les lois fondamentales. La riche jurisprudence de la Cour en matière de droit public a changé la face du droit constitutionnel de l'État d'Israël.

## 1. La Cour suprême et le contrôle de constitutionnalité des lois

La Cour suprême est la plus haute instance d'appel de l'État d'Israël. Conformément à la loi fondamentale sur le système judiciaire, la Cour suprême siège également en tant que Haute Cour de Justice. C'est cette Haute Cour qui a compétence pour juger en première (et dernière) instance des affaires à caractère « public » dans lesquelles elle a le pouvoir d'accorder un recours dans l'intérêt de la justice<sup>(6)</sup>.

Aujourd'hui il est admis que le contrôle de constitutionnalité des lois est du ressort de la Cour suprême en sa qualité de Haute Cour de Justice. La question de savoir quelle juridiction est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois est laissée ouverte dans l'arrêt *Bank Mizrahi*. Peut-être les juges ont-ils voulu lancer un appel au législateur afin qu'il règle la question dans le cadre de la loi fondamentale sur la législation. Néanmoins cet appel n'a pas été entendu et, à ce jour, la compétence quant au contrôle de constitutionnalité n'a toujours pas été fixée dans une loi fondamentale.

Le projet de loi fondamentale sur la législation proposait de faire du contrôle de la constitutionnalité une compétence exclusive de la Cour suprême, toutefois cette loi n'a toujours pas été adoptée par la Knesset. Il en résulte que la Cour suprême, en sa qualité de Haute Cour de Justice, contrôle la constitutionnalité des lois sur la base d'une démarche juridique semblable à celle de l'arrêt de la Cour suprême américaine *Madbury v. Madison*<sup>(7)</sup>, sans que cette compétence lui ait été explicitement attribuée. La Cour s'est prononcée non seulement sur la question de contrôle de la constitutionnalité, mais plus encore sur l'existence même de la Constitution<sup>(8)</sup>.

Du point de vue de la procédure, toute personne qui évoque la violation de droits protégés par une des lois fondamentales portant sur les droits de l'homme peut s'adresser à la Cour suprême, en sa qualité de Haute Cour de Justice, sous la forme d'un recours direct. Un tel recours est une contestation de la constitutionnalité de cette violation dans le cadre de laquelle le requérant doit arguer :

- **1.** qu'une loi a été adoptée (et publiée) qui viole un des droits protégés par les lois fondamentales.
- **2.** que la violation de ce droit est « illégale ». En d'autres termes, qu'elle contrevient aux conditions stipulées dans la clause de limitation de la loi fondamentale (une clause assez semblable à la disposition dérogatoire de la Charte canadienne des droits et des libertés). Cela implique que cette violation est disproportionnée, ne sied pas au caractère juif et démocratique de l'État d'Israël, ou n'a pas été adoptée dans un but approprié.

En Israël, il n'existe pas de procédure de « filtrage » des recours sur la base de leurs chances de succès. De même, il faut noter qu'en Israël les requérants qui représentent des intérêts collectifs peuvent saisir la Haute Cour de Justice et que, parmi les actions en recours, il y a de nombreux cas d'*actio popularis*.

Ces dernières années, on assiste à de plus en plus d'actions en recours contre la violation de droits qui ne sont pas explicitement mentionnés dans les lois fondamentales de 1992. Il faut ici expliquer le rôle important joué par la Cour suprême dans le développement des droits de l'homme en Israël. Dès les premières années d'existence de l'État d'Israël, c'est la Cour suprême qui, en l'absence d'une Constitution écrite, a endossé le rôle de défenseur des droits de l'homme, en créant une « charte judiciaire des droits de l'homme » qui s'est construite cas par cas. Sur la base des règles d'interprétation du droit et de la déclaration d'indépendance, la Cour a défendu les droits de l'homme, dans le cadre d'une

interprétation libérale des droits. Ces dernières années, le droit constitutionnel connaît un nouveau processus d'interprétation créative par la Cour suprême, qui consiste à inclure des droits qui ne sont pas explicitement reconnus dans les lois fondamentales dans le cadre du droit à la dignité. Puisque le processus d'élaboration de la Constitution par la Knesset a cessé et qu'il n'y a pas de nouvelles lois fondamentales, pour garantir les droits de l'homme qui n'ont pas été inclus dans les lois de 1992, la Cour a un vide à combler. En effet, des requérants s'adressent à elle pour qu'elle défende des droits qui ne sont pas inclus dans cette nouvelle Constitution, tels que le droit à l'éducation et à l'égalité. La Cour suprême relève ce défi et, avec prudence mais avec constance, fait en sorte que ces droits, qui n'ont pas été inclus dans les lois fondamentales, jouissent eux aussi d'une protection constitutionnelle. Elle le fait en interprétant l'expression « dignité de l'homme » de manière à ce qu'elle comprenne des éléments de ces droits non-écrits. Ainsi par exemple, la jurisprudence de la Cour suprême israélienne a établi que certains aspects du droit à l'égalité – qui sont étroitement liés à la dignité humaine – bénéficieront d'une protection constitutionnelle, ce qui permettra de contrôler la constitutionnalité des lois qui portent atteinte à l'égalité. De même, il a été établi que la liberté d'expression, et notamment la liberté d'expression politique, fait partie de la dignité humaine et qu'il s'agit par conséquent d'un droit constitutionnel protégé.

## 2. La jurisprudence constitutionnelle de ces dernières années

Depuis la « révolution constitutionnelle » qu'a connue Israël avec l'adoption des lois fondamentales de 1992 et l'arrêt Bank Mizrahi, le contrôle de constitutionnalité des lois a été appliqué avec beaucoup de précaution et de retenue par les juges. En plus de quinze ans, moins de dix lois ou articles de lois ont été invalidés par la Cour suprême qui les a estimés contraires aux lois fondamentales sur les droits de l'homme – la loi fondamentale sur la liberté d'occupation professionnelle et la loi fondamentale sur la dignité de l'homme et sa liberté. Nous allons à présent brièvement présenter certains des arrêts les plus marquants de ces dernières années.

### a. Privatisation des prisons

En novembre 2009, une formation élargie composée de neuf juges de la Cour suprême a déclaré anticonstitutionnelle la privatisation de prisons en Israël. La loi adoptée par la Knesset (un amendement à l'ordonnance sur les prisons), qui prévoyait la création en Israël d'une prison administrée par une entreprise privée, a été décrétée invalide. La Cour suprême a estimé que le transfert des compétences de l'État en matière pénitentiaire à un concessionnaire privé agissant à des fins commerciales représente une grave atteinte au droit fondamental des prisonniers à la liberté personnelle et à la dignité<sup>(9)</sup>.

Dans cet arrêt, la présidente de la Cour suprême, Dorit Beinisch, a souligné que la loi accorde au concessionnaire privé et à ses employés des pouvoirs on ne peut plus attentatoires vis-à-vis des prisonniers incarcérés dans cette prison privée. Ainsi par exemple, le directeur de la prison privée peut ordonner qu'un prisonnier soit placé en isolement administratif pour une période allant jusqu'à quarante-huit heures, il peut ordonner l'examen à nu d'un prisonnier et peut autoriser l'usage raisonnable de la force pour permettre la fouille d'un prisonnier. Ce sont là des pouvoirs extrêmement attentatoires aux droits constitutionnels des prisonniers à la liberté personnelle et à la dignité. En effet, selon les principes fondamentaux du régime politique israélien, l'usage de la force organisée, de manière générale et l'application de la loi pénale par l'emprisonnement, en particulier, font partie des prérogatives de l'État vis-à-vis de ses sujets « L'État a le monopole de l'usage de la force organisée », affirme la Cour, et il a le monopole quand il s'agit de priver des individus de leur liberté afin d'appliquer la loi pénale. Dans une prison privée, les détenus deviennent, de fait, un moyen pour l'entreprise privée de générer des bénéfices économiques.

Même si le but de la loi est approprié, l'atteinte aux droits est disproportionnée car le gain économique que cet amendement représente pour l'État ne peut justifier l'entorse faite aux droits des prisonniers de cette prison privée.

Un des arguments intéressants qui ont été invoqués dans cet arrêt est celui selon lequel la privatisation des prisons est contraire aux principes fondamentaux du régime politique israélien, à savoir que l'État ne peut privatiser ses pouvoirs les plus basiques qui sont liés à l'exercice de ses fonctions souveraines comme, par exemple, la justice, l'armée ou la police.

La présidente Beinisch s'est dit encline à interpréter l'article 1 de la loi fondamentale sur le gouvernement (« Le gouvernement est l'autorité exécutive de l'État ») comme inscrivant au niveau constitutionnel l'existence d'un « noyau dur » de fonctions souveraines que le gouvernement, en tant qu'autorité exécutive de l'État, doit exercer lui-même et qu'il lui est interdit de confier ou de déléguer à des organismes privés. C'est là, à n'en pas douter, une affirmation intéressante qui pourrait bien avoir des répercussions lors de futures privatisations en Israël. Toutefois, vu la conclusion à laquelle est parvenue la Cour, la présidente Beinisch a décidé de laisser la question de l'interprétation de l'article 1 de la loi fondamentale sur le gouvernement sans réponse.

Bien qu'il invalide la loi qui aurait permis la privatisation des prisons, l'arrêt n'exclut pas que l'on puisse confier diverses fonctions logistiques à l'intérieur des prisons (telles que les services de restauration, de construction ou de buanderie) à des entreprises privées.

## **b. Audience sur la prolongation de la garde à vue d'une personne soupçonnée d'avoir agi contre la sécurité de l'État, en l'absence du suspect**

En 2006, la Knesset a adopté une loi temporaire selon laquelle un juge peut tenir une audience sur la prolongation de la garde à vue d'une personne soupçonnée d'un délit contre la sécurité de l'État, sans que le suspect soit présenté au juge. Une formation de neuf juges de la Cour suprême, présidée par le vice-président de la Cour, Eliezer Rivlin, a déclaré en 2010 cet amendement anticonstitutionnel et contraire à la loi fondamentale sur la dignité de l'homme et sa liberté. Bien que le cas concret de prolongation de garde à vue qui avait été porté devant la Cour ne fût plus d'actualité, la Cour a néanmoins décidé de débattre de la question, déviant ainsi de la règle selon laquelle elle ne traite pas de cas théoriques et préfère attendre qu'un cas concret se présente à elle.

Le principal argument invoqué dans l'arrêt porte sur la constitutionnalité de l'article qui permet de prolonger la garde à vue d'une personne soupçonnée d'un délit contre la sécurité de l'État, et ce en l'absence du suspect, si le tribunal a la conviction qu'une interruption de l'enquête risque d'empêcher les forces de sécurité de déjouer un délit contre la sécurité de l'État ou un acte qui pourrait coûter des vies humaines.

Le vice-président de la Cour, Eliezer Rivlin, a établi que « la procédure judiciaire n'a pas pour objet des individus absents mais des individus présents », une des règles fondamentales du droit pénal étant qu'on ne juge pas une personne en son absence. Le juge Rivlin a souligné que le droit d'un prévenu d'assister à son procès fait partie du droit à une procédure équitable qui, dans ses éléments fondamentaux, est un droit constitutionnel protégé. Quant à l'importance du principe selon lequel un suspect doit être présent au tribunal, le juge Rivlin la déduit de la doctrine de l'habeas corpus.

Pour ce qui est du but de la loi, la Cour est parvenu à la conclusion qu'il s'agit d'un but valable, puisqu'il vise à permettre aux forces de l'ordre de mener des enquêtes plus efficaces et de mieux déjouer des actes de terrorisme. Reste que l'atteinte aux libertés de l'individu est disproportionnée : on nuit gravement à la capacité qu'un suspect a de se défendre. À cela s'ajoute la possibilité déjà existante (selon une autre loi), d'empêcher un suspect arrêté pour un délit contre la sécurité de l'État de rencontrer un avocat. On est par conséquent en présence d'une « atteinte qui s'ajoute à une autre », et d'un « effet d'accumulation » de ces deux moyens :

« Lorsque l'avocat n'a pas rencontré le suspect en garde à vue et que le tribunal, lui non plus, ne peut pas lui poser des questions, la capacité d'exercer un contrôle juridictionnel efficace et équitable s'en trouve nettement restreinte ».

Par conséquent, la Cour a invalidé l'article concerné. Bien que cette décision ait été prononcée à l'unanimité, certains des juges ont ouvert la voie au législateur, lui proposant de régler la question par l'adoption d'une nouvelle loi qui, sous certaines conditions, serait proportionnée.

Par ailleurs, dans cet arrêt, comme dans de nombreux arrêts qui limitent les pouvoirs dont peuvent faire usage les forces de sécurité, figure une citation célèbre du président de la Cour suprême, Aharon Barak, tirée de son arrêt sur les pouvoirs d'enquête des services de sécurité :

« C'est là le sort d'une démocratie, pour qui tous les moyens ne sont pas bons et qui ne dispose pas de toutes les méthodes utilisées par ses ennemis. Souvent, la démocratie se bat avec une de ses mains liée dans le dos ».

## **c. Constitutionnalité d'une loi fondamentale temporaire et doctrine des amendements non-constitutionnels à la Constitution**

En 2011, la Cour suprême a rejeté un recours contre un amendement à une loi fondamentale. Dans ce cas, on demandait pour la première fois à la Cour suprême israélienne de contrôler la constitutionnalité d'une loi fondamentale (et donc d'un acte du pouvoir constituant). Il s'agissait d'une modification de la loi fondamentale sur l'économie nationale qui avait été effectuée grâce à l'adoption d'une loi d'amendement de cette loi fondamentale. La loi d'amendement était toutefois temporaire et, avant qu'elle n'expire, la Knesset l'a modifiée pour la proroger de deux ans supplémentaires.

L'amendement portait sur le budget de l'État. Comme dans la plupart des pays, en Israël est votée chaque année une loi de finances annuelle. Mais, en 2009, il a été décidé qu'à titre exceptionnel, le budget de l'État serait bisannuel et que, par conséquent, cela serait établi grâce à une loi fondamentale temporaire. Un an après l'adoption de cette nouvelle loi fondamentale, le gouvernement, estimant que le budget bisannuel comporte de multiples avantages, a décidé de proroger la loi de deux ans supplémentaires, de telle manière que le budget 2011-2012 soit, lui aussi, bisannuel. La particularité de cet amendement réside dans le fait qu'il s'agit de la prorogation d'une loi temporaire qui, par essence, doit être limitée dans le temps.

Cet « amendement constitutionnel provisoire » a posé à la Cour suprême de nombreuses questions d'ordre constitutionnel. La décision de la

Cour, rendue par une formation de sept juges, a unanimement rejeté le recours contre la constitutionnalité de l'amendement de la loi fondamentale. L'arrêt a été rédigé par la présidente Dorit Beinisch, et, bien que le recours ait été rejeté et que la Cour ait décidé de ne pas intervenir, on y trouve des propos tranchants à l'égard de la procédure choisie par la Knesset. La présidente Beinisch y affirme à plusieurs reprises que cette législation suscite des gros problèmes mais que, néanmoins, la Cour n'est pas convaincue que ce cas justifie une intervention sans précédent dans les lois fondamentales, que la Knesset légifère en sa qualité de pouvoir constituant. Ce n'est donc pas dans ce cas que sera utilisée cette « arme non conventionnelle » : l'invalidation d'une loi fondamentale.

La présidente Beinisch décrit dans cet arrêt les problèmes de la Constitution israélienne, près de vingt ans après la « révolution constitutionnelle ». Il manque en effet dans cette Constitution nombre des éléments que l'on trouve dans des pays qui disposent d'une Constitution complète : certains des droits y sont absents ; certaines des provisions de cette Constitution ne peuvent être modifiées qu'à la majorité qualifiée, d'autres à la majorité simple ; certaines sont formulées de manière solennelle, d'autres sont longues et alambiquées ; et, bien sûr, il y manque une loi fondamentale qui établisse de quelle manière on distingue et on adopte les lois fondamentales. Il n'existe pas en Israël de cadre qui définisse comment les lois fondamentales peuvent être modifiées ou amendées, ce qui signifie que ces lois fondamentales peuvent être adoptées et amendées par la Knesset à n'importe quelle majorité. C'est cette « facilité avec laquelle on peut modifier les lois fondamentales » qui entame leur statut ; la Constitution israélienne n'est pas stable.

Lorsqu'il existe une procédure précise pour modifier la Constitution, il est peu probable que l'on puisse la changer de manière temporaire. Mais en Israël cette procédure n'existe pas et, par conséquent, on ne peut invalider une loi fondamentale uniquement parce qu'elle a été adoptée à titre temporaire.

L'autre argument qui a été invoqué dans le cadre de ce recours est que l'amendement porte atteinte à un principe constitutionnel, le budget annuel étant, dans un régime parlementaire, un des moyens dont dispose le parlement pour contrôler le gouvernement. Face à cet argument, la Cour suprême évoque, pour la première fois dans l'histoire de la jurisprudence constitutionnelle, la doctrine des amendements non-constitutionnels à la Constitution et la possibilité d'appliquer cette doctrine au droit israélien. La Cour affirme que la question de savoir si une loi fondamentale peut être invalidée parce qu'elle contredit les principes fondamentaux du régime politique est une question complexe qui nous ramène à la source de la légitimité du pouvoir constituant et à la source du pouvoir d'exercer un tel contrôle de constitutionnalité. Israël reconnaît certains principes inaliénables, tels que le principe selon lequel Israël est un État juif et démocratique. À l'avenir, la Constitution pourrait même comporter une « clause d'éternité » dans cet esprit. Mais, dans le cas qui nous préoccupe, l'atteinte portée à la Knesset et à sa capacité de contrôler le gouvernement dans le cadre du budget annuel, n'est pas d'une gravité telle qu'elle porterait atteinte aux principes fondamentaux du système politique, ce qui justifierait l'invalidation de la loi fondamentale. L'arrêt de la Cour suprême se conclut par un appel lancé à la Knesset afin qu'elle complète l'élaboration de la Constitution et établisse les procédures d'adoption et de modification des lois fondamentales.

Cet arrêt établit, à plus d'un titre, une « feuille de route » à l'adresse de la Knesset, qui spécifie le permis et l'interdit en matière de lois fondamentales, ce qui est convenable et ce qui ne l'est pas. Mais, au-delà, cet arrêt pose aussi la limite du pouvoir du juge.

### 3. Conclusion

La situation particulière en Israël fait que la Cour suprême se retrouve confrontée à des questions qui, dans d'autres pays, trouvent leur réponse dans la Constitution. Une des questions intéressantes qui reste sans réponse encore devant la Cour suprême concerne le statut des référendums. Israël est une démocratie représentative, le peuple élit ses représentants qui siègent au parlement. Il n'existe pas en Israël de démocratie directe et c'est un des rares pays à n'avoir pas inscrit dans sa Constitution une procédure de référendum.

Depuis la création d'Israël et jusque dans les années quatre-vingts, de nombreuses propositions ont été déposées à la Knesset pour demander la tenue d'un référendum sur tel ou tel sujet controversé. Ces propositions ont cependant été rejetées avant même qu'elles se cristallisent en une proposition de loi. Ces dernières années, le débat sur un référendum tourne essentiellement autour de la restitution des territoires de Cisjordanie. Le référendum est une procédure qui a ses avantages et ses inconvénients, mais nul ne semble contester qu'il s'agit d'un changement constitutionnel des règles de fonctionnement du régime politique. En 1999, la Knesset a adopté la loi surnommée « loi du Golan », dans laquelle il est dit que si le gouvernement décide de transférer des territoires sur lesquels s'applique le droit israélien (comme c'est le cas du plateau du Golan), cette décision doit être approuvée par la Knesset à la majorité absolue ainsi que par un référendum dont les modalités seront établies dans une loi fondamentale. Lors de l'adoption de cette loi, la Knesset avait donc eu conscience que pour instaurer une procédure de référendum en Israël, il serait nécessaire d'adopter une loi fondamentale. Mais la Knesset actuelle a elle adopté la loi sur le référendum comme une loi « normale ». Et même si cette loi a été votée à la majorité absolue, la Knesset a refusé d'user de son pouvoir d'assemblée constituante.

Un recours contre cette loi a été déposé auprès de la Cour suprême où il est toujours en attente. La question à laquelle la Cour doit faire face est : y a-t-il certaines choses qui ne peuvent être faites que grâce à une loi fondamentale ? En d'autres termes, peut-il y avoir des changements constitutionnels qui soient faits par le pouvoir législatif et non par le pouvoir constituant ? Cette question, comme celle que nous avons vue concernant le budget bisannuel, le droit constitutionnel israélien n'y apporte pas de réponse. On peut se demander si, un jour, une loi sera invalidée pour inconstitutionnalité, uniquement au motif que ce n'est pas le pouvoir adéquat qui l'a légiférée.

Israël dispose aujourd'hui d'une Constitution formelle. Cette Constitution n'est ni complète ni parfaite, mais ses chapitres – les lois fondamentales – couvrent une large part des domaines qui sont couverts par les Constitutions formelles d'autres démocraties. C'est une Constitution formelle partielle, infirme même, faible, mais qui protège les droits de l'homme les plus importants et qui permet un contrôle de constitutionnalité restreint mais effectif.

Israël se distingue des démocraties occidentales par l'absence d'un consensus national sur certaines questions fondamentales et par l'inexistence d'une procédure claire pour l'établissement de règles constitutionnelles. Malgré leurs divergences politiques, il semble que les Israéliens s'accordent sur la nécessité de parachever la Constitution. Il existe des désaccords quant à l'institution qui sera chargée d'interpréter cette Constitution et de contrôler la constitutionnalité des lois adoptées par la Knesset. S'agira-t-il de la Cour suprême, comme c'est le cas aujourd'hui, ou d'une Cour constitutionnelle spéciale ? C'est une question qui a, bien sûr, son importance, mais plus importante encore est la reconnaissance par tous les courants politiques qu'il est nécessaire de s'entendre sur les règles du jeu. Tant que toutes les questions politiques fondamentales n'auront pas été résolues, il sera semble-t-il difficile de compléter la dernière phase du processus constitutionnel : la finalisation des lois fondamentales et leur codification en une Constitution complète.

---

\* Cet article s'appuie sur une conférence donnée dans le cadre de la visite à Paris d'une délégation de la Cour suprême israélienne à l'invitation du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation en mai 2011.

(1) Navot S., *The Constitutional Law of Israel*, 19-20 (Kluwer, 2007).

(2) Le texte de la décision Harari est le suivant : « La première Knesset charge la commission de la Constitution, des lois et de la justice de la tâche de préparer une Constitution pour l'État. Cette Constitution consistera en des chapitres séparés, chacun constituant une loi fondamentale propre. Ces chapitres seront présentés à la Knesset... et tous les chapitres seront réunis et formeront la Constitution de l'État » Pour en savoir plus sur le débat constitutionnel, voir KLEIN C., *La démocratie d'Israël* (Seuil, 1997).

(3) Ces lois fondamentales comprennent un article surnommé clause de limitation selon lequel : « On ne peut porter atteinte aux droits inscrits dans la présente loi que par une loi qui s'adapte aux valeurs de l'État d'Israël, dont le but est approprié, et uniquement dans la mesure nécessaire... »

(4) HCJ 6821/93 *United Mizrahi Bank v. Migdal* 49(4) PD 221. Différents extraits de cet arrêt ont été traduits en anglais et publiés dans *31 Israeli Law Review* (1997), p. 754.

(5) À ce jour, la Cour suprême a invalidé huit lois ou articles de loi car ils étaient contraires aux droits de l'homme inscrits dans des lois fondamentales, sans que les clauses de limitation de ces lois soient respectées. Cf. HCJ 6055/95 *Tzemah v. Minister of Defence* PD 53 (5) 241 (1999), dans lequel la Cour suprême a invalidé un article de la loi sur la justice militaire qui permettait de placer un soldat en détention pendant quatre-vingt-seize heures sans qu'il soit présenté à un juge ; HCJ 1715/97 *Chamber of Investment Managers v. Minister of Finance* PD 51 (4) 367 (1997), dans lequel ont été invalidés des articles de la loi sur la gestion d'investissements qui portaient atteinte à la liberté d'occupation professionnelle des gestionnaires de portefeuilles qui pratiquaient la profession avant l'adoption de cette loi ; HCJ 1030/99 *Oron v. President of the Knesset* PD 56 (3) 640 (2002), dans lequel ont été invalidés des articles de la loi sur l'Autorité de radiodiffusion ; HCJ 8276/05 *Adalah v. Minister of Defence* (n'a pas encore été publié, 12 décembre 2006), dans lequel a été invalidé l'article 5(c) de la loi sur les dommages civils qui empêchait de manière absolue de réclamer des dommages et intérêts suite à des opérations de sécurité effectuées par l'État ; HCJ 2605/05 *Department for Human Rights v. Minister of Finance* (19 novembre 2009), dans lequel a été annulé le chapitre ajouté par l'amendement no 28 à l'ordonnance sur les prisons qui prévoyait la création en Israël d'une prison gérée par une entreprise privée ; Demandes pénales diverses 8823/07 X. v. State of Israel (11 février 2010), dans lequel a été annulé un article de la loi de procédure pénale portant sur la prolongation de la garde à vue d'un suspect en son absence. Cf. aussi trois arrêts dans lesquels ont été invoqués des arguments constitutionnels substantiels contre des lois, mais ces arguments ont été rejetés et les lois validées : HCJ 1661/05 *Hof Aza Regional Council v. The Knesset* PD 59 (2) 481 (2005), sur la constitutionnalité de la loi sur le désengagement de la bande de Gaza ; HCJ 6427/02 *The Movement for Quality Government v. The Knesset* (11 mai 2006) sur la constitutionnalité de la « loi Tal » qui exempte du service militaire les étudiants des écoles talmudiques ; HCJ 7052/03 *Adalah v. Minister of Interior* (14 mai 2006), sur la constitutionnalité de la loi sur l'entrée en Israël (loi sur la nationalité) qui interdit

l'entrée en Israël des familles d'Arabes israéliens qui vivent dans des pays arabes.

(6) Cette procédure date de l'époque mandataire. À l'époque, les autorités britanniques avaient voulu empêcher les tribunaux de paix ou de district, où siégeaient des juges autochtones, d'exercer un contrôle juridictionnel des décisions administratives, réservant ce droit à la Cour suprême où siégeaient majoritairement des juges britanniques.

(7) 5 U.S. 137 (1803).

(8) Klein, supra note 2, p. 147.

(9) L'essentiel de l'arrêt a été rédigé par la présidente Dorit Beinisch, les autres juges se joignant à son opinion en y ajoutant certaines remarques. Le juge Edmond Lévy, minoritaire, a estimé qu'il n'y avait pas lieu, à ce stade, d'invalider la loi.