

# Jurisprudence étrangère

PAR JULIEN JEANNENEY

## Bâtir sur le sable La Cour suprême israélienne contre- attaque

Cour suprême israélienne, 1<sup>er</sup> janvier 2024, HCJ 5658/23,  
*Movement for Quality Government v. The Knesset*

**Mots clés :** limites matérielles de la révision constitutionnelle, contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, processus constituant itératif, rigidité constitutionnelle, conflit entre organes constitutionnels, contrôle de légalité et contrôle de constitutionnalité, illibéralisme constitutionnel

1. Envoyé à Washington par le Premier ministre David Ben Gourion peu après la création de l'État d'Israël, le 14 mai 1948, pour y étudier l'expérience constitutionnelle américaine, le premier procureur général du pays, Haim Cohn, en revient avec l'opinion de deux grandes figures de la Cour suprême des États-Unis. Hugo Black l'invite à « adopter une Constitution sur-le-champ, en la rendant si rigoureuse que nul membre de la Cour suprême n'osera s'en dépendre ». Felix Frankfurter le pousse, à l'inverse, à « ne surtout pas se doter de Constitution », dès lors qu'il suffira au nouvel État de pouvoir « compter sur des juges indépendants <sup>1</sup> ». La préférence pour la seconde branche de l'alternative contribue à expliquer, sur le long cours, la manière si singulière dont la Cour suprême israélienne, en l'absence de Constitution rigide, a contribué à dessiner le système constitutionnel du pays – en rendant notamment possible, il y a trois décennies, le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires. Ainsi s'expliquent également les virulents coups de boutoir auxquels elle s'est attachée à répondre, le 1<sup>er</sup> janvier 2024, avec habileté.

2. En Israël, les mois précédant les attaques terroristes du 7 octobre 2023 sont marqués par une crise politique et constitutionnelle intense. C'est la conséquence du retour au pouvoir du conservateur Benyamin Netanyahu redevenu Premier ministre le 29 décembre 2022 à la faveur d'une coalition entre six partis de droite, d'extrême droite et ultraorthodoxes – par quoi son gouvernement est généralement considéré comme le plus à droite de l'histoire du pays. Apparemment inspiré par des leaders étrangers aux pratiques couramment qualifiées d'illibérales <sup>2</sup> et visé, à titre personnel, par une procédure pénale engagée à son encontre pour des faits de corruption,

le Premier ministre place au cœur de son projet la réduction des pouvoirs de la Cour suprême.

L'ambition en est formulée par son ministre de la Justice, Yariv Levin. Le 4 janvier 2023, il annonce la première étape d'une réforme de grande ampleur. Sont alors notamment envisagées : (a.) l'augmentation du poids du gouvernement dans la procédure de sélection des juges ; (b.) l'habilitation du Parlement monocaméral – la Knesset – à neutraliser, à une majorité simple, toute décision ayant déclaré une loi inconstitutionnelle, afin de faire revivre cette dernière ; (c.) la prescription d'un quorum absolu – de quinze juges sur quinze – et d'une majorité qualifiée de douze juges pour que la Cour puisse déclarer une loi inconstitutionnelle ; (e.) l'interdiction expresse du contrôle juridictionnel des lois constitutionnelles ; (f.) la prohibition du contrôle de la légalité des actes gouvernementaux à l'aune du critère de leur « caractère raisonnable » – sur lequel on reviendra. Pour arriver à ses fins, la majorité entend privilégier la « tactique du salami » : réduire la garantie de certaines libertés de façon progressive, par chapitres successifs, en commençant par des questions apparemment techniques dont il est espéré qu'elles ne susciteront pas l'attention du plus grand nombre des citoyens – perspective déjà adoptée dans d'autres pays <sup>3</sup>. L'initiative juridique de la réforme est confiée à Simcha Rothman, membre du parti religieux d'extrême droite le mieux représenté à la Knesset, qui préside sa Commission de la Constitution, du droit et de la justice : une proposition de loi constitutionnelle tendant à l'adoption de certaines de ces mesures est déposée le 17 janvier.

Les 20 février et 13 mars, plusieurs articles sont approuvés par la Knesset réunie en formation plénière. L'événement ravive une mobilisation déjà importante contre cette réforme. Le 26 mars, des manifestations spontanées s'organisent dans tout le pays – on estime alors qu'il s'agit des plus vastes de son histoire <sup>4</sup>. En réaction, le député Rothman dépose, pour réduire le spectre de la précédente, une nouvelle proposition de loi constitutionnelle : elle se concentre sur la suppression du contrôle de légalité des actes gouvernementaux – plus précisément, des actes du gouvernement, de ceux du Premier ministre et de ceux des ministres – en regard du critère de leur « caractère raisonnable ». Parmi les opposants à la réforme, des juristes s'inquiètent de la réplique, dans leur pays, de tendances constatées dans d'autres régimes illibéraux <sup>5</sup>. Ils s'interrogent sur la capacité des institutions, affaiblies par les défauts structurels du système constitutionnel israélien, à réagir assez vigoureusement à ce qu'ils perçoivent comme une

(1) V., L. Johnston, « Notes on People », *The New York Times*, 3 oct. 1975 ; G. J. Jacobsohn, *Apple of Gold. Constitutionalism in Israel and the United States*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1993, p. 95-96.

(2) V., N. Mordechai, Y. Roznai, « A Jewish and (Declining) Democratic State ? Constitutional Retrogression in Israel », *Maryland Law Review*, vol. 77, n° 11, 2017, p. 244-271.

(3) V., D. Landau, « Abusive Constitutionalism », *UC Davis Law Review*, vol. 47, n° 1, 2013, p. 189-260 ; R. Dixon, D. Landau, « Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n° 3, 2015, p. 606-638 ; A. Cohen, Y. Shany, « From All-Out Assault to Salami Slicing Tactics : Israel's Crisis Continues », *Lawfaremedia*, 20 juill. 2023 ; Y. Roznai, R. Dixon, D. E. Landau, « Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel », *Israel Law Review*, vol. 56, n° 3, 2023, p. 292-304.

(4) V., A. Gross, « The Battle Over the Populist Constitutional Coup in Israel », *Verfassungsblog*, 31 mars 2023.

(5) V., T. Ginsburg, « The Long Hand of Anti-Corruption : Israeli Judicial Reform in Comparative Perspective », *Israel Law Review*, vol. 56, n° 3, 2023, p. 385-396, p. 387-389.

entreprise illibérale précise et coordonnée<sup>6</sup>. En dépit d'une mobilisation prolongée – les manifestations se répétant, un samedi après l'autre<sup>7</sup> –, la loi constitutionnelle est adoptée le 24 juillet.

3. En réaction, plusieurs organisations – dont le « Mouvement pour un gouvernement de qualité en Israël » et l'Association du barreau israélien –, auxquelles se joint le général Roni Numa, ancien chef du commandement central de l'armée israélienne, forment des recours à l'encontre de différents organes devant la Cour suprême : la Knesset et deux de ses commissions, le Premier ministre, le gouvernement et la procureure générale. Ils tendent à ce que la Cour se reconnaisse compétente pour contrôler la constitutionnalité d'une loi de révision constitutionnelle et qu'elle invalide la loi constitutionnelle qu'ils fustigent. Le 12 septembre se tient, devant la Cour, une audience exceptionnellement longue – de plus de treize heures<sup>8</sup>. En outre, en rupture avec l'habitude de la Cour suprême de statuer par des formations réunissant un petit nombre de juges<sup>9</sup>, la formation de jugement réunit cette fois-ci – chose inédite – l'ensemble de ses quinze juges.

Très attendue, la décision est publiée un an après l'annonce de la réforme, le 1<sup>er</sup> janvier 2024. Elle compte plus de sept cents pages. L'opinion de la Cour<sup>10</sup>, qui se déploie sur plus de cent pages, est rédigée par sa présidente, Esther Hayut, juste avant la fin de son mandat, imposée par la limite d'âge de soixante-dix ans qui frappe tous ses membres. Formellement, la Cour s'inscrit dans le lot commun des juridictions constitutionnelles qui estiment devoir justifier, par une motivation riche et détaillée, des ruptures majeures dans leur jurisprudence. Les références à des travaux doctrinaux y croisent l'évocation d'ordres juridiques étrangers – la France est aussi évoquée, en passant, comme un lieu étrange où le juge constitutionnel, parce qu'il refuse de contrôler les lois constitutionnelles, laisse juridiquement « inapplicable » la prohibition de réviser la forme républicaine du gouvernement<sup>11</sup>.

L'opinion de la Cour est structurée de manière classique : présentation des parties à l'instance ; rappel du nom des juges ayant pris part à la délibération ; références de toutes les décisions antérieures de la Cour suprême citées dans celle-ci ; présentation du contexte du litige et du processus législatif ayant conduit à l'adoption de la disposition litigieuse<sup>12</sup> ; exposé des moyens soulevés dans les requêtes et

dans les mémoires en défense<sup>13</sup> ; examen de la première question posée à la Cour : est-elle compétente pour contrôler le respect, par une loi constitutionnelle, des limites matérielles imposées au pouvoir constituant lors de son adoption<sup>14</sup> ? ; examen de la seconde question : le cas échéant, la loi constitutionnelle contestée doit-elle être invalidée<sup>15</sup> ? ; réponse sommaire aux moyens qu'il n'était pas nécessaire de prendre en compte pour statuer<sup>16</sup> ; réponses sommaires à certains arguments formulés par d'autres juges dans leurs opinions séparées<sup>17</sup> ; brève évocation des attaques du 7 octobre 2023 et de la guerre menée par l'armée israélienne contre le Hamas, en dépit desquelles la Cour doit remplir ses fonctions<sup>18</sup> ; conclusion de l'opinion : la Cour, compétente pour contrôler cette loi, devrait l'invalider<sup>19</sup>. S'articulent ensuite, *seriatim*, les opinions individuelles des autres membres de la Cour où ils exposent, en quarante ou cinquante pages, les raisons de leur vote.

La Cour répond enfin aux deux questions qui lui ont été posées. Dans un premier temps, elle se reconnaît compétente, à une importante majorité de douze juges sur quinze, pour contrôler la constitutionnalité de lois constitutionnelles et pour les invalider dans les cas extrêmes et exceptionnels où la Knesset méconnaîtrait, en les adoptant, sa compétence constituante, en niant ou en affectant les « caractéristiques essentielles d'Israël en tant qu'État juif et démocratique » – catégorie qui sera expliquée plus loin. Un treizième juge, en accord avec le principe d'un tel contrôle, considère le spectre de cette compétence trop large. Deux autres juges s'opposent à la reconnaissance d'une telle compétence. Dans un second temps, à une courte majorité de huit juges contre sept, la Cour juge que la Knesset a méconnu en l'occurrence les limites mises à sa compétence constituante : la loi affecte deux des « caractéristiques essentielles d'Israël en tant qu'État démocratique ». Ainsi l'invalide-t-elle.

4. L'intérêt de cette décision est grand. Elle appelle une attention particulière pour trois principales raisons.

La première, qui explique qu'elle ait reçu un très large écho dans le monde entier<sup>20</sup>, est politique. En neutralisant ce qui était annoncé comme la première d'une série de lois constitutionnelles destinées à modifier l'équilibre des pouvoirs dans un sens illibéral, la Cour suprême remplit une fonction politique irréductible à la question précise qui lui était posée. Par quoi elle se présente comme un rempart majeur du libéralisme dans un paysage institutionnel où les contre-pouvoirs efficaces ne sont pas nombreux. Depuis lors, la perspective de la réforme judiciaire semble s'être – pour l'instant – éloignée : l'accord de gouvernement d'union

(6) V., Y. Roznai, A. Cohen, « Populist Constitutionalism and the Judicial Overhaul in Israel », *Israel Law Review*, vol. 56, n° 3, 2023, p. 502-520.

(7) V., R. Weill, « Did Israel Lose its Sanity ? The Struggle over the Reasonableness Doctrine », *Verfassungsblog*, 12 juill. 2023.

(8) V., R. Weill, « Game of Chicken. Israel's Litigation Over Striking Down the Reasonableness Doctrine », *Verfassungsblog*, 13 sept. 2023.

(9) V., R. Weill, « The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and its Aftermath : On Judicially-Led Constitutional Revolutions and Democratic Backsliding », *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 14, n° 2, 2020, p. 227-272, p. 269-270 ; Y. Givati, I. Rosenberg, « How Would Judges Compose Judicial Panels ? Theory and Evidence from the Supreme Court of Israel », *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 17, n° 2, 2020, p. 317-341.

(10) Une traduction anglaise de l'opinion de la Cour est disponible sur le site de la faculté de droit Cardozo, à New York, *versa.cardozo.yu.edu*.

(11) Cour suprême israélienne, HCJ 5658/23, *Movement for Quality Government v. The Knesset*, 1<sup>er</sup> janv. 2024, opinion E. Hayut, para. 69.

(12) *Ibid.*, para. 3-26.

(13) *Ibid.*, para. 27-45.

(14) *Ibid.*, para. 47-96.

(15) *Ibid.*, para. 97-183.

(16) *Ibid.*, para. 184-203.

(17) *Ibid.*, para. 204-210.

(18) *Ibid.*, para. 111.

(19) *Ibid.*, para. 212-214.

(20) V. par ex. I. Kershner, « In a Battle over Authority, Israel's Supreme Court Ruling sets a Precedent », *The New York Times*, 1<sup>er</sup> janv. 2024 ; S. Forey, « En Israël, la Cour suprême inflige un camouflet à Benjamin Netanyahu », *Le Monde*, 2 janv. 2024.

nationale passé, quatre jours après le 7 octobre 2023, entre Benjamin Netanyahu et son principal opposant, Benny Gantz, stipule qu'aucune réforme ne sera plus menée sans leur accord explicite.

La deuxième raison est institutionnelle et stratégique. La Cour se trouve être, en l'occurrence, juge et partie. D'un côté, la loi contestée tend à restreindre sa capacité à contrôler la légalité de décisions gouvernementales, notamment en matière de nomination ou de révocation de hauts fonctionnaires – ce qui fait craindre qu'elle favorise la corruption, le népotisme, l'arbitraire et une politisation accrue de la fonction publique. De l'autre côté, une invalidation de la loi constitutionnelle litigieuse permettrait mécaniquement à la Cour de préserver toute l'étendue de son pouvoir. Sa décision prend la forme, à cet égard, d'une riposte contre des organes politiques – le gouvernement et la Knesset – qui s'étaient attachés à réduire son influence institutionnelle.

La troisième raison, enfin, est juridique et théorique. La renommée de cette décision est vouée à être durable à plus d'un titre : parce que sa présidente y déploie un raisonnement approfondi sur la théorie du pouvoir constituant et les limites matérielles à la compétence de révision de la Constitution ; parce que la Cour y étend le champ de sa compétence au contrôle matériel des lois constitutionnelles ; mais surtout parce que cette compétence nouvelle soulève d'épineuses difficultés sur laquelle la juridiction sera appelée à revenir.

Ainsi convient-il de se pencher en détail sur l'opinion majoritaire de la présidente Hayut. C'est là que se situe le cœur du raisonnement de la Cour. Elle s'y confronte à une difficulté théorique ancienne – l'hypothèse du contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, exercé sur le fondement de limites matérielles implicitement imposées à l'exercice du pouvoir constituant dérivé – dont l'arrière-plan mérite d'être précisé. Elle le fait dans un cadre constitutionnel qui ne s'y prête pas évidemment. À cette fin, elle manifeste une inventivité théorique notable, avant d'exercer un contrôle *in concreto* riche d'enseignements.

### Une difficulté théorique ancienne

5. La Cour suprême israélienne affronte ici l'une des difficultés les plus sérieuses de la théorie constitutionnelle. Pour le comprendre, il convient de rappeler, à titre liminaire, l'arrière-plan dans lequel elle s'inscrit. Aussi longtemps que le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires suscitait le dédain, l'hypothèse d'un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles a paru n'avoir qu'un intérêt abstrait. Les choses ont désormais changé. Placée parmi la panoplie de diverses juridictions constitutionnelles dans le monde, cette compétence soulève des difficultés qui ne relèvent pas uniquement de la théorie constitutionnelle, mais également de questions très concrètes tenant aux rapports de force entre institutions et à leurs choix stratégiques, sur arrière-plan, bien souvent, de combats politiques sur le destin souhaitable de l'État, entre libéralisme et illibéralisme.

Selon une représentation courante dans de nombreux États, la production de normes constitutionnelles suit le cheminement suivant : la communauté des citoyens, supposée souveraine – on parle alors du constituant « originaire » –,

se donne une constitution ; elle la protège en rendant, pour l'avenir, sa modification plus difficile que celle des lois – c'est la « rigidité » de la constitution, qui est celle des conditions de révision de cette dernière ; lorsque la communauté des citoyens entend la modifier par la suite – on parle alors d'un constituant « institué » par la constitution, qui en serait « dérivé » –, il lui faut se soumettre aux contraintes que cette dernière fait peser sur sa propre révision.

6. De telles contraintes sont aisément identifiables lorsqu'elles trouvent un ancrage *explicite* dans des énoncés constitutionnels. Elles peuvent être *temporelles*, limiter les périodes de discussion ou d'adoption des lois constitutionnelles – ainsi, en France, il est interdit d'engager ou de poursuivre une procédure de révision constitutionnelle « lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire <sup>21</sup> ».

Ces contraintes peuvent aussi être *formelles*, porter sur les conditions d'adoption de la loi constitutionnelle, dans deux principales hypothèses : lorsque la constitution prescrit des voies procédurales spécifiques – une ratification par référendum, l'organisation préalable d'une élection parlementaire, une adoption du texte par les deux chambres du Parlement, ou bien par le Parlement fédéral et les entités fédérées ; lorsque la Constitution prescrit un nombre de votes nécessaires à l'adoption de la révision, souvent une majorité qualifiée.

Ces contraintes peuvent enfin être *matérielles*, porter sur le contenu de la loi constitutionnelle <sup>22</sup>. Elles s'incarnent notamment dans les interdictions de réviser certaines dispositions constitutionnelles spécifiques, parce qu'on les souhaite intangibles ou « éternelles ». De telles dispositions constitutionnelles se sont multipliées dans le monde <sup>23</sup>, quoique le cas d'école reste, en la matière, l'article 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale allemande : qualifié par la doctrine de « clause d'éternité » (*Ewigkeitsklausel*), il prohibe toute révision qui « toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe du concours des *Länder* à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1<sup>er</sup> et 20 », à l'instar de la dignité humaine. On pense aussi, en France, à l'interdiction de porter atteinte à la « forme républicaine du gouvernement <sup>24</sup> ».

Confrontées à ces contraintes explicites, les juridictions constitutionnelles exercent des choix qui dépendent partiellement du contexte normatif dans lequel elles statuent <sup>25</sup>. Elles peuvent être habilitées explicitement à contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles – comme c'est le cas en Turquie, dans la limite du contrôle des conditions de forme de la révision <sup>26</sup>. Il arrive également qu'elles s'y autohabilitent – comme en Allemagne ou au Brésil <sup>27</sup> – ou, à

(21) Constitution française de 1958, art. 89, al. 4.

(22) V., M.-F. Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985.

(23) V., Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 18-37.

(24) Loi de révision constitutionnelle française du 14 août 1884 ; Constitution de 1946, art. 95 ; Constitution de 1958, art. 89. V., égal. Constitution italienne de 1947, art. 139 ; Constitution portugaise de 1976, art. 288.

(25) V., K. Gözler, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, thèse, droit, Bordeaux, 1995, p. 457-470.

(26) Constitution turque de 1982, art. 148, al. 1<sup>er</sup>. V. égal. Constitution turque de 1961, révisée par la loi constitutionnelle n° 1488 du 20 septembre 1971, art. 147.

(27) V., C. Hübner Mendes, « Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court », *Florida Journal of International Law*, vol. 17, n° 3, 2005, p. 449-461.

l'inverse, qu'elles s'y refusent – comme aux États-Unis<sup>28</sup> ou en France<sup>29</sup>.

7. À ces contraintes explicites s'ajoutent des contraintes matérielles considérées comme *implicites* – en tant qu'elles procèdent de caractéristiques inhérentes à l'ordre constitutionnel dans son ensemble, en dépit du silence du texte constitutionnel à leur égard. Assurément plus difficiles à circonscrire en restant dans une perspective juridique et positiviste, elles provoquent souvent d'âpres querelles.

Leur identification est parfois effectuée en doctrine, soit qu'on estime que les normes constitutionnelles ne sont pas toutes protégées de la même manière – ainsi lorsque Carl Schmitt oppose la « Constitution » intangible aux « lois constitutionnelles » susceptibles d'être révisées<sup>30</sup> –, soit qu'on infère du processus constituant originaire des limites consubstantielles à l'exercice du pouvoir constituant dérivé – comme le fait par exemple Olivier Beaud à propos de la souveraineté<sup>31</sup>.

Il arrive également que cette identification soit le fait de juges constitutionnels, ce qui ne manque généralement pas de provoquer de vives réactions politiques, du côté du Parlement comme du pouvoir exécutif. Révélatrice est à cet égard l'opiniâtreté avec laquelle la Cour suprême indienne s'est attachée à préserver sa compétence en matière de contrôle des lois constitutionnelles face aux assauts répétés de la Première ministre Indira Gandhi et du Parlement<sup>32</sup>. La Constitution indienne confie au Parlement en effet une compétence constituante<sup>33</sup> ; elle prohibe, en outre, l'adoption de lois abolissant certains droits fondamentaux<sup>34</sup>. En 1967, la Cour suprême juge que la compétence constituante du Parlement ne saurait être exercée pour neutraliser de tels droits fondamentaux<sup>35</sup>. Proclamant son ambition de rétablir la pleine souveraineté du Parlement, la Première ministre obtient l'adoption, en 1971, d'une loi constitutionnelle habilitant le Parlement, dans l'exercice de son pouvoir constituant, à réviser toute disposition de la Constitution, notamment celles qui protègent les droits fondamentaux<sup>36</sup>. À l'occasion du contrôle de la constitutionnalité de cette loi constitutionnelle, la Cour suprême indienne effectue, en 1973, un revirement partiel :

si la compétence constituante du Parlement est illimitée, ce n'est que dans la mesure où elle ne conduit pas à modifier la « structure fondamentale » (*Basic Structure*) de la Constitution, ce qui reviendrait à en affecter l'identité<sup>37</sup> – idée au nom de laquelle elle invalide, deux ans plus tard, une révision constitutionnelle<sup>38</sup>. Peu importe que le Parlement adopte en 1976 une nouvelle loi constitutionnelle tendant à priver la Cour de la possibilité de contrôler le respect par les lois constitutionnelles de cette « structure fondamentale<sup>39</sup> » : la Cour suprême confirme peu après que cette compétence est hors de portée du pouvoir constituant dérivé<sup>40</sup>. Depuis lors, le phénomène s'est diffusé à l'échelle globale : le nombre de juridictions se reconnaissant compétentes pour contrôler la conformité de lois constitutionnelles à la « structure fondamentale » de leur système constitutionnel – par-delà la diversité des formules qu'elles emploient – a substantiellement crû<sup>41</sup>. Au Bangladesh, une révision constitutionnelle de 2011 a même conduit à introduire cette catégorie juridique dans le texte de la Constitution<sup>42</sup>.

8. Ainsi présenté dans sa généralité, le contrôle de constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle ne fait évidemment pas obstacle, par principe, à ce que de telles lois s'éloignent du contenu actuel de la constitution : c'est bien souvent, au demeurant, leur fonction principale, et l'interprétation contraire reviendrait à imposer que la constitution ne soit jamais modifiée que d'une manière qui ne la changerait pas véritablement. Les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles ne sauraient jamais correspondre, dès lors, qu'à une fraction des normes couramment rattachées au système constitutionnel.

Un tel contrôle soulève des difficultés théoriques redoutables qui ne peuvent qu'être esquissées ici. En faisant obstacle à l'expression du pouvoir constituant, fût-il dérivé, le juge constitutionnel ne ravive-t-il pas les critiques anciennes adressées à sa légitimité pour contrôler des lois ordinaires ? La méconnaissance des limites matérielles opposées à la révision constitutionnelle, même explicites, est forcément plus difficile à identifier que celle des contraintes temporelles ou formelles. Un tel contrôle ne rétroagit-il pas sur la conception collective de la constitution, en diffusant l'impression qu'il existerait des catégories de normes constitutionnelles de valeur distincte ? À l'inverse, n'y a-t-il pas quelque incohérence à considérer que l'objet que permet de modifier la procédure de révision – la Constitution, dans laquelle il est courant de considérer que toutes les normes sont d'égal

(28) Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939) ; v., J. R. Vile, « The Case against Implicit Limits on the Constitutional Amending Process », in S. Levinson (dir.), *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1993, p. 191-213.

(29) Cons. const. français, 6 nov. 1962, n° 62-20 DC, *Loi relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct* ; Cons. const. 2 sept. 1992, n° 92-312 DC, *Traité sur l'Union européenne*, RFDA 1992. 937, note B. Genevois ; *ibid.* 1993. 47, note E. Picard ; *ibid.* 1045, étude O. Beaud ; Cons. const. 26 mars 2003, n° 2003-469 DC, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, D. 2004. 1269, obs. M. Fatin-Rouge Stéfani ; RFDA 2003. 792, obs. L. Favoreu ; RTD civ. 2003. 563, obs. R. Libchaber.

(30) V., C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. Fr. L. Deroche, PUF, coll. « Léviathan », 1993, p. 145-150.

(31) V., O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 396-402, 457-491.

(32) V., S. Krishnaswamy, *Democracy and Constitutionalism in India. A Study of the Basic Structure Doctrine*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

(33) Constitution indienne de 1950, art. 368.

(34) Constitution indienne de 1950, art. 13(2).

(35) Cour suprême indienne, *Golaknath v. State Of Punjab* (1967) AIR 1643, 1967 SCR (2) 762.

(36) Constitution indienne, XXIV<sup>e</sup> amendement, 1971.

(37) Cour suprême indienne, *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973) 4 SCC 225 ; AIR 1973 SC 1461.

(38) Cour suprême indienne, *Indira Nehru Gandhi v. Shri Raj Narain* (1975) AIR 1975, 2299, 1976 2 SCR 347.

(39) Constitution indienne, XLII<sup>e</sup> amendement, 1976.

(40) Cour suprême indienne, *Minerva Mills Ltd. v. Union of India* (1980) AIR 1789, 1981 SCR (1) 206.

(41) V., Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 47-69 ; Cour constitutionnelle slovaque, PL. ÚS 21/2014-96, 30 janv. 2019 ; Haute Cour du Kenya, E282/2020, *David Ndii et al. v. The Attorney General*, 13 mai 2021.

(42) Constitution bangladaise, art. 7B – depuis le XV<sup>e</sup> Amendement, entré en vigueur en 2011.

valeur – se trouve modifié du simple fait de l'existence de cette procédure, même si elle reste inappliquée ?

Ces tendances et ces difficultés ont été identifiées dans des ordres juridiques fondés sur des constitutions formalisées, globalement rigides et stables, où d'éventuelles limites matérielles à la révision constitutionnelle sont imposées soit par une disposition constitutionnelle expresse, soit par des juridictions constitutionnelles dont les compétences en matière de contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires ont été établies de longue date. Sous ce rapport, quoique ces phénomènes constituent, pour la Cour suprême israélienne, une référence en arrière-plan, elle n'est que partiellement en mesure d'y trouver une inspiration.

### Un cadre constitutionnel défavorable

9. L'ordre juridique israélien se révèle en effet peu propice à la reconnaissance de limites matérielles à la révision constitutionnelle, dans un cadre constitutionnel qui ne présente aucune des caractéristiques précédemment évoquées – en l'absence de constitution formelle achevée, de rigidité constitutionnelle clairement affirmée ou de juridiction à qui la constitution aurait explicitement confié le soin de contrôler la constitutionnalité des lois ordinaires. Quelle justification théorique le juge constitutionnel peut-il alors donner à l'exercice d'un tel contrôle ? C'est le cœur de la difficulté à laquelle se confronte la Cour suprême israélienne dans sa décision du 1<sup>er</sup> janvier 2024.

Pour le comprendre, il convient de rappeler qu'Israël ne dispose pas de Constitution formalisée comme telle *ab initio*. Les raisons en sont diverses. Le plan de partage de la Palestine, approuvée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies du 29 novembre 1947, recommande diverses voies pour l'écriture d'une Constitution au sein de l'État juif à venir<sup>43</sup>. Pendant les mois qui suivent, dans la perspective du départ des Britanniques, prévu le 15 mai 1948, David Ben Gourion s'attache à organiser une transition vers l'Indépendance. La Déclaration d'indépendance, proclamée le 14 mai, fixe deux principes essentiels voués à être au cœur de la construction du nouvel État, quoiqu'ils risquent d'entrer en tension l'un avec l'autre<sup>44</sup> : il s'agira d'un État juif, destiné à accueillir tout Juif qui le souhaitera<sup>45</sup>, et d'un État démocratique, qui s'attachera à garantir différents droits et libertés à ses habitants<sup>46</sup>. Le texte prescrit, en outre, la réunion d'une assemblée constituante avant le 1<sup>er</sup> octobre 1948.

Dans l'espoir de mettre fin aux débats qui surgissent sur la valeur de cette Déclaration<sup>47</sup>, la Cour suprême, réunie pour la première fois le 15 septembre 1948, juge que cette dernière

« ne fait qu'établir le fait même de la création de l'État en vue de sa reconnaissance par le droit international », qu'elle « exprime la volonté du peuple et sa profession de foi », mais qu'elle ne saurait « en aucune façon être considérée comme une règle constitutionnelle à la lumière de laquelle il serait possible de vérifier la constitutionnalité des lois et ordonnances<sup>48</sup> ». Une telle affirmation emporte deux conséquences décisives. Elle affaiblit d'emblée la transposition dans ce pays, de la théorie du pouvoir constituant originaire. Elle entrave la mise en place rapide d'un contrôle de constitutionnalité des lois, aussi bien ordinaires que constitutionnelles.

Tout n'est cependant pas terminé : si la Déclaration d'indépendance n'est pas une norme constitutionnelle, il importe peu que le délai du 1<sup>er</sup> octobre n'ait pas été respecté. Une assemblée constituante est élue le 25 janvier 1949. Elle se reconnaît, le 17 février, une compétence législative en plus de sa compétence constituante, en prévoyant que « l'Assemblée législative, en Israël, porte le nom de "Knesset" » – littéralement, un lieu de réunion –, que « l'assemblée constituante portera le nom de "première Knesset" » et que les « membres de l'assemblée constituante porteront le nom de "membres de la Knesset" ». Ainsi apparaît l'amalgame entre les compétences constituantes et les compétences législatives de la Knesset.

Cette première assemblée ne remplit cependant pas la tâche constituante qui lui a été confiée. Différents facteurs contribuent à l'expliquer : la guerre menée par ses voisins arabes contre l'État ; l'incapacité des députés à se mettre d'accord sur une ambition commune pour l'État ; la méfiance du Premier ministre Ben Gourion à l'encontre d'une Cour suprême qui risquerait, au nom de la Constitution, de contre-carrer certaines réformes socialistes qu'il appelle de ses vœux ; la pression de partis religieux convaincus que la Torah suffira à remplir une fonction constitutionnelle et méfiants, à leur tour, du contrôle de la Cour suprême sur les lois d'inspiration religieuse ; un souhait de ne pas fixer trop tôt les règles, dans l'espoir d'une arrivée massive d'immigrants juifs dans les années à venir ; une préférence partagée, enfin, au sein d'une élite israélienne largement anglophile, pour le modèle britannique d'une suprématie parlementaire, contre le modèle américain de la suprématie constitutionnelle.

10. Un moment précis, qui cristallise ces doutes collectifs, pose les fondations – certes bancales – d'un processus constituant original. Le 13 juin 1950, la première Knesset obtient un compromis resté dans les mémoires comme la « résolution Harari », du nom de son premier signataire. Elle incarne, à l'échelle de la Constitution entière, le « compromis de façade dilatoire<sup>49</sup> » théorisé par Carl Schmitt, selon lequel les membres d'une assemblée constituante, en accord sur leur désaccord, peuvent décider de ne pas l'aborder dans leur œuvre, soit qu'ils se trouvent dans l'incapacité d'arriver à un accord satisfaisant, soit qu'ils estiment que les organes chargés d'appliquer la Constitution seront mieux à même de le faire à l'avenir. Ainsi est-il décidé, notamment sous l'in-

(43) Organisation des Nations unies, assemblée générale, résolution n° 181, 29 nov. 1947.

(44) V., S. Navot, « Constitutional Law », in Ch. Walter, B. Medina, L. Scholz, H.-B. Wabnitz (dir.), *The Israeli Legal System. An Introduction*, Baden Baden, Nomos, 2019, p. 39-67, p. 57-60.

(45) V., C. Klein, *Le caractère juif de l'État d'Israël. Étude juridique*, Cujas, 1977, p. 7-18 ; Ch. Gans, « Jewish and Democratic : Three Zionisms and Post-Zionism », in G. Sapir, D. Barak-Erez, A. Barak (dir.), *Israeli Constitutional Law in the Making*, Oxford, Hart, 2013, p. 473-485.

(46) « Déclaration sur l'établissement de l'État d'Israël », 1. L.S.I. 3 (1948). V., D. Kretzmer, « Constitutional Law », in A. Shapira, K. C. DeWitt-Arar (dir.), *Introduction to the Law of Israel*, La Haye, Kluwer, 1995, p. 39-58, p. 40-50.

(47) V., E. Rubinstein, « The Declaration of Independence as a Basic Document of the State of Israel », *Israel Studies*, 1998, vol. 3, n° 1, p. 195-210.

(48) Cour suprême israélienne, SCD 48/10, *Ziv v. Gubernik*, 2 déc. 1948, trad. fr. C. Klein, *Le système politique d'Israël*, PUF, coll. « Thémis », 1983, p. 29.

(49) C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. Fr. L. Deroche, PUF, coll. Léviathan, 1993, p. 159-166.

fluence des lois constitutionnelles françaises de 1875, bien connues des premiers législateurs israéliens<sup>50</sup>, et en gardant à l'esprit la culture constitutionnelle britannique, de ne pas formaliser d'emblée une Constitution. Encore reste-t-il à permettre aux Knesset ultérieures d'exercer peut-être la compétence constituante qui n'avait été reconnue qu'à la première d'entre elles : une loi de 1951 y pourvoit<sup>51</sup>.

**11.** De là procèdent plusieurs originalités du système constitutionnel israélien.

En premier lieu, la Constitution israélienne est « souple » – au sens où la procédure d'adoption de lois constitutionnelles n'est, à quelques exceptions près<sup>52</sup>, pas plus contraignante que la procédure d'adoption de lois ordinaires, contrairement à ce que l'on observe dans la plupart des constitutions des États démocratiques.

En deuxième lieu, quoique cette Constitution soit, à l'origine, non écrite<sup>53</sup>, une telle caractéristique a vocation à se dissiper au gré de l'adoption progressive, un chapitre après l'autre, de lois constitutionnelles présentées sous la forme de « lois fondamentales » ou d'amendements à ces dernières<sup>54</sup>. Les unes et les autres ont un rang formel équivalent : celui de lois constitutionnelles. Ce processus constituant se présente donc comme itératif : la multiplication de moments constituants, au fil d'assemblées constituantes dont la composition évolue au gré des élections législatives, doit conduire, à une date indéfinie, à ce que l'État soit doté d'une Constitution formalisée. Douze « lois fondamentales » sont adoptées en matière d'organisation du pouvoir depuis 1958 : sur la Knesset (1958), la propriété publique (1960), le président de l'État (1964), le gouvernement (1968), les finances publiques (1975), la défense (1976), l'affirmation de Jérusalem, notamment la partie orientale de la ville, comme capitale de l'État (1980), les juridictions (1984) et le contrôleur général de l'État (1988) – à quoi s'ajoutent, plus tard, des lois fondamentales sur le gouvernement (2001), la cession de territoires souverains (2014) et le lien entre judaïsme et nationalité (2018). À quoi s'ajoutent deux lois fondamentales sur les droits et libertés (1992) qui seront évoquées plus tard.

En troisième lieu, la révision constitutionnelle a, dans ces conditions, tout pour devenir un acte presque banal. Israël est, de loin, le pays du monde où le pouvoir constituant est exercé le plus couramment : depuis 1958, près de cent quarante lois constitutionnelles ont été adoptées – soit plus de deux par an en moyenne, près de cinq par an depuis une petite décennie. La révision constitutionnelle tend à être conçue, en outre, comme une arme politique parmi d'autres. Le contenu des lois constitutionnelles récentes, adoptées beaucoup plus rapidement qu'elles ne l'étaient pendant les premières décennies de l'État, se distingue des précédentes par leur dimension partisane : elles portent souvent la marque d'une volonté du

gouvernement, avec l'aide de ses soutiens à la Knesset, de défendre sa position institutionnelle lorsqu'un changement des règles du jeu politique et institutionnel lui semble favorable.

En quatrième lieu, l'absence, jusqu'alors, d'une loi fondamentale sur la révision constitutionnelle entraîne plusieurs conséquences néfastes. Elle fait obstacle à ce que soit déployée, pour Israël, une théorie entièrement aboutie des amendements constitutionnels inconstitutionnels et de leur contrôle juridictionnel éventuel ; elle augmente le danger, à mesure que s'éloigne le souvenir de la fondation du pays, que des responsables politiques abandonnent les valeurs qui ont présidé à cette dernière ; elle risque – surtout – d'inciter les députés, conscients du risque que la Cour suprême contrôle un jour leurs normes constitutionnelles, à repousser sans cesse la clôture du processus constituant pour se libérer d'une telle contrainte.

En cinquième lieu, la distinction entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé, qui fonde habituellement les limites explicites ou implicites à la compétence de révision d'une constitution, n'a guère de sens, de prime abord, dans un tel environnement : tant que le processus constituant « originaire » itératif ne sera pas achevé – plus précisément, tant qu'une loi fondamentale relative aux révisions constitutionnelles « valant » contrainte originaire mise sur le pouvoir constituant dérivé n'y aura pas été adoptée –, le fondement théorique des limites matérielles au pouvoir de révision manquera de stabilité. À supposer même que cela arrive un jour, la thèse selon laquelle une loi fondamentale relative aux révisions constitutionnelles suffirait à reconnaître de telles limites serait fragile : faute pour la Constitution de bénéficier de la légitimité contextuelle habituellement tirée de son inscription dans le moment révolutionnaire de création de l'État, le dogme du caractère originaire de l'acte constituant, parce qu'il tire une partie de sa légitimité de son caractère primitif, de son antériorité vis-à-vis de toutes les révisions constitutionnelles adoptées sur son fondement, resterait difficile à maintenir en Israël.

Ainsi comprend-on que le cadre constitutionnel israélien ne soit pas favorable à ce que prospère l'idée selon laquelle existeraient des limites matérielles à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

**12.** À supposer même qu'une telle idée emporte l'adhésion, une difficulté majeure subsisterait : elle serait de peu d'effets en tant qu'il n'existe pas de juge compétent pour contrôler le respect de telles limites. Or les fondements fragiles du contrôle de constitutionnalité en Israël ne favorisent pas l'extension par la Cour suprême de son contrôle – des lois ordinaires jusqu'aux lois constitutionnelles.

Née avec l'État d'Israël, la Cour suprême rend ses décisions dans deux cadres : cour d'appel statuant en dernière instance, elle connaît des recours formés contre des décisions rendues par des juridictions de première instance ; Haute Cour de justice (*Bagatz*), elle connaît de recours formés par toute personne contre des personnes publiques et organes gouvernementaux, tendant à ce qu'elle contrôle la constitutionnalité de lois ou la légalité d'actes administratifs, ainsi que de recours formés contre les décisions de juridictions spécifiques – compétentes en matière de droit du travail ou en matière religieuse.

(50) V., C. Klein, *Le système politique israélien*, op. cit., p. 38-41.

(51) Loi israélienne n° 5711-1951, art. 5, 9 et 10.

(52) Loi fondamentale « sur la Knesset », art. 9A(a), 44, 45 ; Loi fondamentale « sur Jérusalem, capitale de l'État », art. 6-7.

(53) V., D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite*, PUF, coll. « Léviathan », 2008.

(54) V., A. Barak, « Constitutional Law without a Constitution : The Role of the Judiciary », in Sh. Shetreet (dir.), *The Role of Courts in Society*, Boston, Martinus Nijhoff, 1988, p. 448-465.

Pendant longtemps, cette juridiction refuse de se reconnaître compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois<sup>55</sup> – tout en neutralisant occasionnellement une loi adoptée en méconnaissance de la procédure législative<sup>56</sup>. Une rupture majeure intervient à cet égard au mitan des années 1990. C'est le fruit de l'adoption par la Knesset en 1992 de deux lois fondamentales portant non plus sur l'organisation institutionnelle, comme cela avait été le cas jusqu'alors, mais sur la garantie des droits et libertés et sur le rôle de la Cour suprême en la matière : les lois « sur la dignité humaine et la liberté » et « sur la liberté professionnelle ». Par l'effet d'une modification introduite deux ans plus tard, la seconde interdit à la Knesset de la méconnaître, sinon par l'adoption d'une loi à la majorité de ses membres, déclarant explicitement son intention de ne pas la respecter pour une durée n'excédant pas quatre ans<sup>57</sup>. Cette clause dérogeatoire se rapproche de la « clause nonobstant » en droit constitutionnel canadien<sup>58</sup> – clause de la Charte canadienne des droits et libertés permettant au Parlement fédéral ou à une assemblée législative provinciale d'adopter une loi dérogeant à certains articles de la Charte. Ni au Parlement ni dans les facultés de droit, on ne perçoit alors dans ces deux lois fondamentales le commencement d'une révolution<sup>59</sup>.

C'est pourtant ainsi que l'ancien professeur de droit devenu, quelques mois plus tôt, président de la Cour suprême, Aharon Barak, s'attache à les présenter dans l'opinion qu'il rédige, au nom de la Cour, dans la décision *United Mizrahi Bank*, longue de cinq cents pages, rendue le 9 novembre 1995<sup>60</sup>. En regard, notamment, de ce que disent les deux lois fondamentales de 1992 de la capacité de la Knesset à les méconnaître, la Cour suit peu ou prou le raisonnement suivant. La Knesset exerce, au sein des institutions, deux compétences complémentaires : une compétence législative lorsqu'elle adopte des lois ordinaires ; une compétence constituante lorsqu'elle adopte des lois constitutionnelles. Pour étayer cette compétence constituante, Aharon Barak se fonde notamment sur l'identification de la *Grundnorm* de l'État d'Israël – présentée, à partir des écrits de Hans Kelsen, comme une norme supérieure qui, sans faire partie du droit positif, constituerait un fondement pour toutes les

normes juridiques de l'État. Il la trouve dans la prescription originaire selon laquelle le Conseil d'État provisoire doit être l'organe législatif suprême de l'État. Cet organe de trente-sept membres représentant diverses sensibilités politiques, constitué le 12 avril 1948, exerce les fonctions législatives de l'État jusqu'à la réunion de la première Knesset. Il rédige et adopte, en particulier, la Déclaration d'indépendance. Le juge Barak tire ensuite le fil suivant : cette institution a prescrit, dans la Déclaration d'indépendance, l'adoption d'une Constitution par l'Assemblée constituante, puis cette compétence a été transmise d'une Knesset à l'autre, ravivant ainsi, sur le long cours, une flamme constituante qui ne s'est jamais éteinte. En découlent, selon lui, deux conclusions : les lois fondamentales ont nécessairement un rang hiérarchique supérieur à celui des lois ordinaires ; les lois ordinaires doivent pouvoir être contrôlées à l'aune des lois fondamentales et être invalidées si elles les méconnaissent. On reconnaîtra ici un écho au raisonnement de John Marshall dans la fameuse décision *Marbury vs. Madison*. Le président Barak ne manque pas, au demeurant, d'insister sur cette filiation<sup>61</sup>.

13. Une différence majeure subsiste néanmoins entre ces deux configurations : en 1803, la Cour suprême américaine exerce son contrôle au regard d'une Constitution rigide. Or, en dépit des efforts déployés en 1995 pour distinguer les lois fondamentales – de rang constitutionnel – des lois ordinaires – de rang infraconstitutionnel –, ce n'est pas le cas de la Cour israélienne<sup>62</sup>. En procède une question délicate : comment identifier, parmi toutes les normes adoptées au terme d'une même procédure, celles qui jouissent, sous ce rapport, d'un statut constitutionnel ? Nulle théorie du contrôle de constitutionnalité en Israël ne peut faire l'économie d'une réponse à cette question. Faute de mieux, la Cour suprême affirme, dans la décision *United Mizrahi Bank*, qu'il revient à la Knesset de faire ce choix, et qu'elle le fait en qualifiant certaines lois, contrairement à d'autres, de « fondamentales ». Cette affirmation laisse en suspens deux questions : comment devrait réagir la Cour suprême si la Knesset qualifiait de « loi fondamentale » une loi matériellement ordinaire dont le contenu n'aurait rien de constitutionnel ? En outre, si les lois fondamentales sont de rang constitutionnel, qu'elles sont supposées avoir été adoptées dans l'exercice de la compétence constituante de la Knesset, et si la Cour suprême contrôle désormais la constitutionnalité des lois ordinaires, cela ne devrait-il pas la conduire à contrôler également des lois constitutionnelles qui, bien souvent, se rapprochent des précédentes ?

En 1995, la Cour suprême s'attache à consolider le système constitutionnel israélien afin de pouvoir justifier l'instauration du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires – sans que les fondations de ce système soient entièrement stables, faute pour la Knesset de s'être donnée une clause de révision qui contribuerait à clarifier les choses en rigidifiant l'ordre constitutionnel. Ce cadre n'ayant guère changé sous ce rapport lorsqu'est rendue la décision du 1<sup>er</sup> janvier 2024,

(55) Cour suprême israélienne, SCD 48/10, *Ziv v. Gubernik*, préc. ; CA 450/70, *Rogozinski v. State of Israel*, 10 déc. 1971.

(56) Cour suprême israélienne, HCJ 98/69, *Aharon Bergman v. The Minister of Finance and State Comptroller*, 3 juill. 1969 ; trad. angl. in I. Zamir, A. Zysblat, *Public Law in Israel*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 310-317. V. égal. C. Klein, « A New Era in Israel's Constitutional Law », *Israel Law Review*, vol. 6, 1971, p. 376-397 ; G. J. Jacobsohn, Y. Roznai, *Constitutional Revolution*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 2020, p. 190-194 ; M. Gren, *Le changement de paradigme constitutionnel. Étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2019, p. 316-325.

(57) Loi fondamentale israélienne « sur la liberté professionnelle », 1992, version du 9 mars 1994, art. 8.

(58) V., R. Kahana, « Majestic Constitutionalism ? The Notwithstanding Mechanism in Israel », in G. Sapir, D. Barak-Erez, A. Barak (dir.), *Israeli Constitutional Law in the Making*, Oxford, Hart, 2013, p. 73-90.

(59) V., M. Gren, *Le changement de paradigme constitutionnel...*, op. cit., p. 252-255.

(60) Cour suprême israélienne, HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, 9 nov. 1995 ; v. A. Jussiaume, « La Cour suprême et la Constitution en Israël. Entre activisme et prudence judiciaire », *Jus Politicum*, vol. 3, 2009, p. 1-32 ; G. J. Jacobsohn, Y. Roznai, *Constitutional Revolution*, op. cit., p. 194-223.

(61) V., S. Navot, *The Constitution of Israel. A Contextual Analysis*, Oxford, Hart, coll. *Constitutional Systems of the World*, 2014, p. 31-46.

(62) V., D. Friedmann, *The Purse and the Sword. The Trials of Israel's Legal Revolution*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 192-193.

il revient à la Cour de faire preuve d'un surcroît d'inventivité pour légitimer une opération encore moins évidente que le contrôle de lois ordinaires.

### Une inventivité féconde

14. Aussi longtemps que la Cour suprême s'estimera incompétente pour contrôler la constitutionnalité de lois constitutionnelles, il suffira aux députés de qualifier une loi ordinaire de constitutionnelle pour l'immuniser contre tout contrôle de constitutionnalité. Cela constitue pour la Cour un véritable défi auquel, faute de pouvoir forcer l'accélération de l'écriture d'une Constitution sans cesse inachevée, elle ne peut répondre qu'en étendant – dans une mesure raisonnable – son contrôle à toutes les lois produites par la Knesset. Ainsi se trouve-t-elle conduite à échafauder deux théories vouées à rendre ce contrôle possible lorsque les lois sont qualifiées de constitutionnelles, avant de tirer de la seconde sa compétence nouvelle.

15. La première – « l'abus de pouvoir constituant » – impose des limites formelles à l'exercice par la Knesset de sa compétence constituante. Elle est conçue par la Cour suprême comme une incitation à ce que la Knesset ne qualifie pas de « constitutionnelles », à tort et à travers, des lois de pure circonstance. Ainsi espère-t-elle que les députés sauront faire le départ entre des principes et mécanismes conçus comme structurels et pérennes, selon les propriétés couramment attachées à l'idée de constitution, et des dispositifs de circonstances, temporaires, dont la substance correspond à l'image que l'on se fait habituellement des lois ordinaires.

Cette théorie est le fruit des circonstances<sup>63</sup>. Souhaitant pouvoir contourner le principe constitutionnel d'annualité du budget de l'État, le gouvernement soumet à la Knesset, après la crise financière de 2009, un projet de loi de finances biannuelle. L'assemblée ouvre cette possibilité en adoptant, à cette fin, une loi constitutionnelle dont la portée est vouée à être limitée dans le temps<sup>64</sup>. L'opération est réitérée peu après, à la faveur d'une nouvelle loi constitutionnelle qui est déférée devant la Cour suprême par le député du Likoud et ancien ministre Roni Bar-On. Statuant à sept juges, la Cour rejette son recours, en se fondant notamment sur l'absence de loi constitutionnelle réglant les conditions dans lesquelles peuvent être adoptées des lois constitutionnelles – tout en affirmant qu'on ne saurait recourir à de telles lois constitutionnelles de circonstance qu'avec parcimonie. La pratique est répétée régulièrement pendant les années 2010, jusqu'à ce qu'un recours soit formé à l'encontre de la loi constitutionnelle rendant possible le budget 2017-2018. Statuant de nouveau à sept juges, la Cour suprême affirme alors que le recours à de telles lois constitutionnelles provisoires s'apparente à un « abus de pouvoir constituant ». Elle refuse néanmoins d'invalider la loi litigieuse : cela serait perçu comme un contrôle de constitutionnalité d'une loi constitutionnelle – à quoi elle n'est pas encore prête –, tout en ayant des effets

néfastes sur l'exécution de la loi de finances, en cours d'exercice budgétaire. Ainsi se contente-t-elle de mettre en garde la Knesset, en disant son intention de réagir différemment à l'avenir si une loi constitutionnelle comparable devait lui être soumise – forme de menace d'invalidation<sup>65</sup>.

Ainsi naît dans sa jurisprudence, face à la tendance de la Knesset à abuser de la qualification de « loi fondamentale », la théorie de « l'abus de pouvoir constituant ». Il ne s'agit pas là – la Cour suprême est explicite sur ce point – d'une limite matérielle à la compétence constituante de la Knesset<sup>66</sup>, mais plutôt d'un mécanisme tendant à résoudre un défaut technique dans l'articulation entre une loi fondamentale et une loi qui, pour être formellement constitutionnelle, n'en est pas moins intrinsèquement provisoire. Autrement dit, le contrôle de « l'abus de pouvoir constituant » ne porte pas directement, en principe, sur le contenu d'une loi constitutionnelle – quoique la frontière ne soit pas toujours jugée claire sous la plume des juges<sup>67</sup>. Il ne s'agit pas de savoir si le contenu de la loi constitutionnelle serait conforme au reste de la Constitution, ou à une partie de cette dernière. L'enjeu est plutôt de contrôler la régularité de sa qualification formelle, de refuser de prendre pour argent comptant ce que dit la Knesset du rang formel des lois qu'elle adopte. Avec, en ligne de mire, un objectif simple : éviter « l'infiltration » dans le « tissu constitutionnel » de normes qui, parce qu'elles n'auraient rien à y faire, risqueraient d'éroder le statut déjà fragile des lois fondamentales<sup>68</sup>. Pour identifier de tels abus, la Cour procède à un contrôle en deux temps. Il lui faut d'abord déterminer si la norme qualifiée de « loi fondamentale » présente les propriétés formelles et les signes distinctifs habituels des normes constitutionnelles – dans l'ordre de la stabilité de la norme, de sa généralité et de sa compatibilité avec le reste du tissu constitutionnel. Si le juge n'en est pas convaincu, il reste au législateur à démontrer qu'il était justifié de qualifier la loi de « constitutionnelle ».

16. Limitée dans sa portée comme dans les conséquences contentieuses que lui attache la Cour, cette théorie de « l'abus de pouvoir constituant » ouvre la voie à une autre théorie, plus ambitieuse : celle des « caractéristiques essentielles » de l'État, qui fonde des limites matérielles au pouvoir de révision constitutionnelle. Elle complète la précédente en permettant à la Cour d'exercer un contrôle minimal sur les lois constitutionnelles lorsque la Knesset ne commet pas d'abus en qualifiant à tort constitutionnelle une loi mais que la substance de cette dernière porte trace d'une méconnaissance de limites substantielles imposées au pouvoir constituant.

(63) V., S. Navot, Y. Roznai, « From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel », *European Journal of Law Reform*, vol. 21, n° 1, 2019, p. 403-423, p. 415-420.

(64) Cour suprême israélienne, HCJ 4908/10, Roni Bar-On v. The Knesset, 11 janv. 2011.

(65) Cour suprême israélienne, HCJ 8260/16, Ramat Gan Academic Center of Law and Business v. The Knesset, 6 sept. 2017.

(66) V., S. Navot, *Constitutional Law in Israel*, 2<sup>e</sup> éd., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, p. 173-174.

(67) V. G. Sapir, *The Israeli Constitution. From Evolution to Revolution*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 72-74.

(68) Cour suprême israélienne, HCJ 5969/20, Stav Shafir v. The Knesset, 23 mai 2021, opinion E. Hayut, para. 31. V., Y. Roznai, M. Gutman, « Saving the Constitution from Politics. The Israeli High Court of Justice and the Misuse of Constituent Power Doctrine », *Verfassungsblog*, 30 mai 2021 ; E. Bottini, « Chronique de droit constitutionnel comparé (janvier à juin 2021) », *Titre VII*, vol. 7, 2021, p. 140-143.

La Cour en fixe les contours en 2021<sup>69</sup>, dans une décision rendue à propos d'une loi constitutionnelle controversée, adoptée en juillet 2018 : « Israël, la nation du Peuple juif<sup>70</sup> ». Cette dernière innove en réservant au peuple juif le droit à l'autodétermination dans l'État d'Israël, en érigeant l'hébreu au rang de langue officielle de l'État, en n'attribuant à la langue arabe qu'un « statut spécial » et en assimilant les implantations en territoires palestiniens (*settlements*) à une « valeur nationale » que l'État doit s'attacher à encourager et à promouvoir. Les deux principaux griefs formulés à son encontre tiennent à la méconnaissance alléguée du principe d'égalité et du droit à l'autodétermination.

Pour la première fois, la Cour propose alors – sous la plume, déjà, de sa présidente Esther Hayut – une théorie des limites matérielles à la révision constitutionnelle en Israël. Après avoir constaté que l'achèvement du processus constituant israélien facilitera la formulation d'une règle générale en la matière, elle juge que, quoique la Cour n'ait pas besoin de se prononcer sur son éventuelle compétence pour contrôler les lois constitutionnelles en regard de telles limites matérielles, ces dernières existent indubitablement<sup>71</sup>.

Elle propose de les trouver, non pas dans le cadre établi *ab initio* par la Déclaration d'indépendance en tirant un fil diachronique comparable à celui d'Aharon Barak en 1995, ni dans de supposés principes non écrits de nature supraconstitutionnelle, mais, faute de mieux, dans les « caractéristiques essentielles d'Israël en tant qu'État juif et démocratique ». On peut y voir une sorte d'équivalent fonctionnel d'une « clause d'éternité » ou d'une « structure fondamentale » (*Basic Structure*) qui serait adaptée à un cadre constitutionnel qui ne contient pas la première et pour lequel, faute de rigidité constitutionnelle, il serait difficile de justifier l'existence de la seconde. L'idée qui préside à l'identification de ces caractéristiques est simple : au lieu de voir le verre à moitié vide – le caractère inachevé de la Constitution –, il convient de tirer profit du fait qu'il est à moitié plein, en scrutant ce qui fait le cœur des normes désignées comme constitutionnelles jusqu'alors. Comme le résume la présidente de la Cour, l'inachèvement de « l'édifice constitutionnel » ne doit pas conduire, dès lors, à oublier que les « colonnes de soutien » de ce dernier – les caractères juif et démocratique de l'État – ont déjà été érigées<sup>72</sup>. Du sable constitutionnel, en somme, peuvent émerger des fondations solides.

Les deux notions ainsi singularisées ne sont pas le simple fruit de l'imagination d'une juge. Elles ont connu de nombreuses consolidations normatives depuis la Déclaration d'indépendance, au fil de lois constitutionnelles<sup>73</sup> – une révision de la Loi fondamentale sur la Knesset de 1985 –, de lois ordinaires et de décisions de la Cour suprême. Au caractère juif d'Israël, la Cour a rattaché, jusqu'alors, le droit de

tout Juif d'immigrer dans l'État d'Israël, où les Juifs doivent rester majoritaires ; l'affirmation de l'hébreu comme langue principale du pays ; la reconnaissance de la contribution des fêtes, des symboles et de l'héritage du peuple juif à l'identité de l'État israélien. À son caractère démocratique, elle a rattaché la souveraineté du peuple exprimée par des élections libres et équitables ; un noyau dur de droits de l'homme où elle place la dignité et l'égalité ; le maintien de la séparation des pouvoirs, de la prééminence du droit (*Rule of law*) et d'un pouvoir judiciaire indépendant.

17. Ainsi s'explique la rupture du 1<sup>er</sup> janvier 2024. Cette théorie des « caractéristiques essentielles » progressivement dessinée par la Cour y ouvre la voie en lui permettant d'affirmer sa compétence pour contrôler – et invalider, le cas échéant – des lois constitutionnelles au nom de leur méconnaissance de limites matérielles à la révision – la théorie de « l'abus de pouvoir constituant » remplissant une fonction comparable pour les limites formelles à la révision. Le raisonnement déployé par la présidente de la Cour pour justifier la consécration de cette compétence est topique d'un modèle argumentatif identifié dans la jurisprudence de nombreuses juridictions constitutionnelles : la désignation, dans la Constitution, d'une « lacune axiologique<sup>74</sup> ». La formule renvoie à une ressource argumentative permettant au juge de justifier le contournement du droit constitutionnel apparemment applicable, au nom du fait que ce dernier ne contiendrait pas une exception qui s'imposerait à ses yeux. En l'occurrence, le cheminement intellectuel d'Esther Hayut est le suivant. La Constitution – ou plus précisément, les parties de cette dernière qui sont en vigueur à ce stade – ne dispose pas de mécanisme permettant de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. En n'attribuant pas une telle compétence à la Cour suprême, la Constitution lui interdit, de prime abord, d'y procéder – dès lors qu'elle ne saurait avoir qu'une compétence d'attribution. Cette configuration est insatisfaisante à ses yeux, puisque les Knesset successives se trouvent immunisées, en pratique, contre tout contrôle de constitutionnalité des lois qu'elles choisissent de qualifier de constitutionnelles, aussi longtemps que n'est pas adoptée une procédure contraignante en matière de révisions constitutionnelles. Or cela permettrait à des députés malveillants de porter un jour atteinte, sans obstacle juridictionnel, à ce qui fait le cœur du projet politique qui a présidé à la création de cet État. Après avoir emprunté à l'un de ses collègues<sup>75</sup> l'idée selon laquelle il s'agirait là d'un « vide normatif<sup>76</sup> », la présidente Hayut dénonce les « lacunes » constitutionnelles qui permettent de réviser la Constitution sans contrainte, tout en regrettant l'exploitation que sont promptes à en faire les majorités politiques, sans que l'on puisse sérieusement compter, en la matière, sur la seule autolimitation de la Knesset lorsqu'elle exerce ses compétences constituantes<sup>77</sup>. Ainsi l'argument

(69) Cour suprême israélienne, HCJ 5555/18, *Akram Hasson c/ Knesset*, 8 juill. 2021. V., T. Hostovsky Brandes, « Does Where You (Legally) Stand Depend On Where You Sit ? The Israeli Supreme Court's Decision on the Nation State Law », *Verfassungsblog*, 29 juill. 2021.

(70) V., A. Harel, « Basic Law : Israel as the Nation State of the Jewish People », *Nationalities Papers*, vol. 39, n° 2, 2021, p. 262-269.

(71) Cour suprême israélienne, HCJ 5555/18, *Akram Hasson c/ Knesset*, préc., opinion E. Hayut, para. 16.

(72) *Ibid.*, para. 18.

(73) Loi fondamentale « sur la Knesset », amendement n° 9, 31 juill. 1985.

(74) V., J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2016, p. 505-608.

(75) Cour suprême israélienne, HCJ 5555/18, *Akram Hasson c/ Knesset*, préc., opinion G. Karra, para. 9.

(76) Cour suprême israélienne, HCJ 5658/23, *Movement for Quality Government v. The Knesset*, préc., opinion E. Hayut, para. 74.

(77) *Ibid.*, para. 83.

contribue-t-il à légitimer la création d'une norme nouvelle : la compétence que se reconnaît la Cour de contrôler les lois de révision constitutionnelles, présentée comme un comblement de la lacune ainsi désignée, dans les cas où une loi constitutionnelle méconnaîtrait les « caractéristiques essentielles d'Israël en tant qu'État juif et démocratique ».

Un tel raisonnement, pourtant, n'avait rien d'évident. Dans un contexte institutionnel marqué par le caractère souple de la Constitution et par la banalisation de l'acte constituant – qui conduit, en pratique, à rapprocher la production des lois constitutionnelles de celle des lois ordinaires –, la Cour suprême aurait pu refuser de contrôler une disposition sur laquelle tout gouvernement autrement composé pourrait revenir à l'avenir sans difficulté – à supposer que la modification ainsi apportée au système constitutionnel ne fasse pas obstacle à la possibilité d'une telle alternance.

18. D'autres arguments invoqués au soutien de la reconnaissance de cette compétence résultent de la manière dont les membres de la Cour se représentent les fonctions de cette dernière : garantir l'existence, le respect et le statut – donc l'image – de la Constitution<sup>78</sup> ; contrôler le respect, par les autorités publiques, du champ de compétence qui leur a été attribué<sup>79</sup> ; agir comme un « frein extérieur » en cas de méconnaissance des limites à la compétence de révision, parce qu'aucun autre organe ne pourrait le faire<sup>80</sup>.

À l'argument selon lequel la Cour ne saurait être compétente pour contrôler des lois constitutionnelles dès lors que sa compétence procède d'une loi constitutionnelle, la présidente Hayut répond de la manière suivante : si la Knesset a agi dans le cadre de ses compétences constituantes et que la norme constitutionnelle est valide, alors cette dernière ne saurait, en effet, faire l'objet d'un tel contrôle ; à l'inverse, si la loi constitutionnelle litigieuse a été adoptée en méconnaissance manifeste des limites imposées à la Knesset dans l'exercice de ses compétences constituantes, alors la difficulté disparaît puisqu'aucune norme constitutionnelle valide n'a été créée, si bien que la norme contrôlée a toujours été infraconstitutionnelle. En somme, si la norme constitutionnelle est valide, la Cour est incompétente pour contrôler cette constitutionnalité ; si, à l'inverse, elle est manifestement inconstitutionnelle, elle est invalide, de sorte qu'elle n'a jamais été de rang constitutionnel et que la Cour est compétente pour l'affirmer et en tirer les conséquences.

En dépit de sa finesse, un tel raisonnement soulève deux difficultés majeures.

D'une part, il conduit à faire de l'inconstitutionnalité de la norme contestée la condition de la compétence de la Cour suprême pour la constater. Ainsi se trouvent renversés les termes habituels du raisonnement qui devrait être celui des juridictions – la détermination de leur compétence n'ayant pas vocation, en principe, à dépendre entièrement de la réponse apportée à la question qui leur est posée au fond. L'idée fait écho au reproche longtemps adressé, en France, au contrôle des circulaires réglementaires par le juge administratif français, qui conduisait à un renversement comparable<sup>81</sup>.

D'autre part, que se passerait-il si la Cour était saisie d'une loi constitutionnelle entachée d'une inconstitutionnalité qui, sans être « manifeste » – au sens où la Cour déciderait de l'invalider, donc de s'estimer compétente pour le faire –, serait suffisamment prononcée pour que tous bénéficient d'un raisonnement détaillé de la Cour à son propos ? Faudrait-il se contenter d'une brève décision constatant son incompétence, ou bien la Cour en viendrait-elle à expliquer que la loi constitutionnelle qu'elle juge inconstitutionnelle n'est pas assez inconstitutionnelle pour qu'elle se reconnaisse compétente pour attacher des effets tangibles à son inconstitutionnalité ?

19. Quoiqu'il soit encore trop tôt pour tirer un bilan de cette inventivité jurisprudentielle – qui ne manquera pas de modifier en profondeur le système constitutionnel israélien, ainsi que les rapports entre la Cour suprême et le couple formé par le gouvernement et la Knesset –, deux observations méritent d'être formulées.

La première tient à la lecture qu'il est possible de faire de ce choix du point de vue de l'analyse stratégique. En élargissant ainsi sa compétence, la Cour suprême rejoint le concert des juridictions constitutionnelles attachées à renforcer leur position institutionnelle, notamment lorsque des menaces semblent peser sur le projet libéral qui a présidé à la fondation de l'État<sup>82</sup>. Cela peut être perçu de deux manières distinctes, qui ne sont pas exclusives l'une de l'autre. La première, plus cynique, revient à y voir une forme d'égoïsme institutionnel, une volonté de la Cour de ne pas perdre l'un de ses moyens d'action, qu'elle a lentement consolidé au fil de ses décisions. Cette représentation contribue à expliquer certaines des critiques adressées depuis lors à l'institution, qui y voient la manifestation ultime d'une tendance de cette juridiction constitutionnelle à jouer pour son camp. Quant à la seconde vision, plus généreuse, elle consiste à faire l'hypothèse de l'attachement authentique de ses membres à l'intérêt général qui, en l'occurrence, les poussait dans le sens de leurs intérêts institutionnels – mais qui aurait tout aussi bien pu, à l'inverse, les conduire à les négliger.

Une seconde observation porte sur l'usage fait par la Cour suprême du système constitutionnel dont les défauts ont été identifiés. En agissant comme elle le fait, elle accentue la souplesse des lois constitutionnelles israéliennes tout en la transformant en force, par un habile retournement. En effet, depuis le milieu des années 1990, comme cela a été vu, de nombreuses lois constitutionnelles ressemblent aux lois ordinaires, à une exception près : elles sont insusceptibles de recours contentieux. En contrôlant les lois inconstitutionnelles au regard des « caractéristiques essentielles d'Israël », la Cour suprême supprime cet élément distinctif. Ensuite, elle déplace vers ces « caractéristiques essentielles » les propriétés souvent attachées à l'idée de Constitution – au premier rang desquelles sa suprématie. Enfin, elle s'assure dans le même temps qu'elle restera la véritable maîtresse de ces « caractéristiques essentielles » : elle seule peut dire ce qu'elles sont vraiment et, contrairement à ce qui est habituellement reconnu dans les États dotés de constitutions rigides, nulle loi constitutionnelle

(78) *Ibid.*, para. 86.

(79) *Ibid.*, para. 87.

(80) *Ibid.*, para. 88.

(81) CE, 29 janv. 1954, n° 07134, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, Lebon.

(82) V., Y. Tew, « Strategic Judicial Empowerment », *American Journal of Comparative Law*, vol. 72, 2024.

ne pourra, sans son accord, modifier ces « caractéristiques » sur lesquelles elle pourra se fonder pour l'invalidier. Sous ce rapport, il n'est pas inutile d'observer la manière dont cette catégorie juridique est, pour la première fois, appliquée par la Cour, après qu'elle s'est reconnue compétente pour le faire.

### Un contrôle *in concreto*

20. L'intérêt de la décision rendue le 1<sup>er</sup> janvier 2024 ne réside pas seulement dans la justification de l'extension de la compétence de la Cour. Il tient également au raisonnement déployé par elle – plus précisément, à la manière dont se trouve justifiée, de la sorte, cette catégorie juridique. À cette fin, il convient de repartir de la disposition constitutionnelle litigieuse et du critère du « caractère raisonnable ». Cela permet de comprendre les mobiles qui ont pu conduire les ministres à chercher à neutraliser un critère qui, de prime abord, est principalement technique : il s'agit avant tout d'affaiblir substantiellement le pouvoir de contrôle de la Cour suprême sur les décisions gouvernementales<sup>83</sup>. Un tel examen éclaire également les conséquences qu'attache la juridiction à la neutralisation de ce critère.

À l'inverse du contrôle de constitutionnalité des lois, d'instauration tardive comme cela a été vu, le contrôle de légalité des actes de l'exécutif a d'emblée été exercé par la Cour suprême, en particulier lorsqu'était affectée une liberté publique. Parmi les cas d'ouverture des recours formés devant elle en matière administrative, le « caractère déraisonnable<sup>84</sup> » de l'acte a très vite eu une place à part. Issu du droit britannique<sup>85</sup> (*reasonableness*), ce critère peut être résumé de façon simple : la Cour doit annuler une décision si elle est tellement « déraisonnable » qu'aucune autorité raisonnable ne l'aurait prise<sup>86</sup> – par quoi il fonde, plus précisément, un contrôle du caractère *manifestement déraisonnable* de la décision. En pratique, ce dernier permet notamment de lutter contre les décisions capricieuses ou arbitraires. Il constitue, en Israël, le contrôle le plus poussé de l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire par des autorités administratives ou ministérielles<sup>87</sup>.

Ce critère a connu, sur la longue durée, une évolution de taille. Le « caractère déraisonnable » d'une décision est longtemps conçu par la Cour comme intrinsèquement lié aux autres critères à l'aune desquels sont contrôlés les abus de pouvoir – en particulier le défaut de bonne foi, le caractère arbitraire de la décision ou le détournement de pouvoir. On critique dès l'origine ce critère : il manquerait de clarté et conduirait la Cour, en pratique, à substituer son appréciation à celle de l'auteur de l'acte qu'elle contrôle. En réponse, la Cour s'attache à adapter l'intensité de son contrôle en fonction de la plus ou moins grande marge d'appréciation laissée

à l'auteur de l'acte. Une rupture intervient, sous ce rapport, en 1980, par l'effet d'une décision rédigée par Aharon Barak, qui n'est encore qu'un membre parmi d'autres de la Cour<sup>88</sup>. Le critère s'autonomise : il devient possible d'invalidier des actes administratifs ou gouvernementaux sur le seul fondement de leur caractère déraisonnable. Par quoi le juge en vient bien souvent à contrôler le raisonnement supposé avoir présidé à l'édiction de l'acte contesté – à l'instar d'une autorité présumée n'avoir pas accordé un poids convenable à tous les intérêts qu'elle aurait dû soupeser avant de prendre sa décision.

21. Ainsi se trouve illustrée l'importance du contrôle consacré par la présidente Hayut. Au terme, notamment, d'une étude des travaux préparatoires de la loi constitutionnelle contestée, elle constate que cette dernière revient à abolir le contrôle juridictionnel des décisions et abstentions gouvernementales sur le fondement du critère de leur « caractère raisonnable ». Elle note, en outre, le caractère « extrême et exceptionnel » de cette disposition, en se fondant sur diverses observations : elle empêche le contrôle des décisions gouvernementales les plus absurdes ou manifestement déraisonnables, dès lors qu'elles ne sont pas entachées d'autres vices ; elle prohibe à la fois le contrôle des actes et leur annulation sur ce fondement, de sorte qu'une requête formée par une personne directement lésée par une telle décision devra être jugée irrecevable ; dans sa généralité même, la loi abolit, sous ce rapport, les distinctions habituelles en contentieux administratif – entre le régime des actes individuels et celui des actes réglementaires, entre le régime des actes édictés par ou dans des gouvernements de transition et celui des actes édictés par ou dans des gouvernements jouissant de la confiance de la Knesset ; elle immunise, enfin, les ministres contre tout contrôle juridictionnel de leurs omissions coupables.

Pour invalider la disposition litigieuse, en application de la règle que la Cour vient de se donner, il doit être établi qu'elle affecte les « caractéristiques essentielles d'Israël en tant qu'État juif et démocratique ». Cette limite ne serait guère contraignante si elle était simplement appréhendée *in abstracto* : seules seraient susceptibles de la méconnaître des lois constitutionnelles qui entreraient en contradiction frontale avec ces deux caractéristiques – à l'image d'une loi qui supprimerait, par exemple, la définition d'Israël comme État juif ou qui supprimerait le droit de vote de tous les citoyens israéliens. Cela reviendrait cependant à laisser passer des lois constitutionnelles qui, indépendamment les unes des autres, ne suffiraient à atteindre ce seuil, quoique leur accumulation provoque un effet équivalent – selon la « tactique du salami ». Ainsi la présidente de la Cour suprême justifie-t-elle de ne pas s'arrêter là et de procéder également à un contrôle *in concreto*<sup>89</sup>.

Elle constate que la disposition litigieuse ne porte pas une atteinte frontale à ces « caractéristiques essentielles » qu'elle ne s'attache pas formellement à nier. Elle cherche ensuite à déterminer si les effets pratiques de la mesure sont susceptibles de constituer une telle atteinte. Après avoir brossé un

(83) A. Gross, « An Unreasonable Amendment. The Constitutional Capture in Israel », *Verfassungsblog*, 24 juill. 2023 ; M. Kremnitzer, « Releasing the Government from Acting Reasonably ; or, the Government Says Goodbye to Reasonableness », *Israel Law Review*, vol. 56, n° 3, 2023, p. 343-354.

(84) V., I. Zamir, « Unreasonableness, Balance of Interests and Proportionality », in I. Zamir, A. Zysblat, *Public Law in Israel*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 327-330.

(85) V., G. Tixier, « La règle du "reasonableness" dans la jurisprudence anglo-américaine », RD publ. 1956. 276.

(86) V. Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, 10 nov. 1947.

(87) D. Etzion, *Le contrôle juridictionnel de l'administration en Israël*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1970, p. 158-161.

(88) Cour suprême israélienne, HCJ 389/80 *Dapei Zahav v. Broadcasting Authority*, 35 (1) P.D. 421 (1980).

(89) Cour suprême israélienne, HCJ 5658/23, *Movement for Quality Government v. The Knesset*, préc., opinion E. Hayut, para. 109.

tableau des institutions israéliennes, elle estime que la Cour suprême est le seul organe susceptible de contrôler efficacement les actes de la Knesset et du gouvernement, pour deux ensembles de raisons. D'une part, la Knesset, traditionnellement sous l'influence du gouvernement, n'est pas en mesure de tenir ce rôle. En effet, les députés se contentent d'exécuter les directives du gouvernement, les ministres ont un droit de vie et de mort sur les textes discutés à la Knesset et les motions de censure sont d'autant moins probables qu'elles doivent être « constructives » : pour faire tomber un gouvernement, les députés de l'opposition doivent établir que le gouvernement par lequel ils entendent le remplacer sera soutenu par l'institution – perspective devenue hautement improbable en l'état actuel de la vie politique israélienne. D'autre part, Israël ne bénéficie pas d'instruments qui, ailleurs, contribuent à limiter le pouvoir du gouvernement : une constitution stable, un Parlement bicaméral, une organisation fédérale du pouvoir, un système présidentiel ou l'insertion de l'État dans des ordres juridiques supranationaux. La conclusion, selon elle, coule de source : sans le contrôle juridictionnel mené par la Cour suprême sur le fondement de ce critère, le gouvernement exercerait son pouvoir discrétionnaire sans entrave.

22. C'est alors qu'elle en vient aux limites matérielles. Dans ce contexte, une atteinte substantielle à la compétence de la Cour suprême risquerait, à ses yeux, de provoquer une contradiction avec deux « caractéristiques essentielles » qu'elle infère du caractère démocratique de l'État.

La première est la séparation des pouvoirs, qui tend à garantir un équilibre entre organes, afin de leur permettre de se contrôler les uns les autres, ce qui conduit à mieux protéger les droits et libertés, pour le plus grand avantage des individus. La disposition litigieuse affecterait cette caractéristique essentielle, dans le contexte singulier des institutions israéliennes, en portant un « coup mortel [...] au droit d'accès aux tribunaux <sup>90</sup> ».

La seconde caractéristique à laquelle il est porté atteinte est la prééminence du droit (*Rule of law*), autre caractéristique essentielle relevant du caractère démocratique de l'État. Elle fait obstacle à ce qu'un individu ou un organe se trouve placé « au-dessus des lois ». Or en immunisant les autorités gouvernementales contre tout risque contentieux lorsqu'elles méconnaissent l'obligation de prendre des décisions qui ne sont pas manifestement déraisonnables, la disposition litigieuse conduit indirectement à faire disparaître, en pratique, cette obligation qui subsiste abstraitement. Cette immunité nouvelle risque de bénéficier à des actes qui, jusqu'alors, pouvaient être neutralisés : des nominations abusives à des fonctions publiques, en particulier aux fonctions les plus éminentes de l'État, comme l'incarne le retrait du gouvernement, imposé par la Cour suprême, du responsable du parti religieux séfarde Shas Arié Dery le 22 janvier 2023 <sup>91</sup> ; des révocations dont les mobiles seraient strictement politiques ; des mesures par lesquelles des gouvernements de transition

chercheraient à obtenir un avantage politique dans la perspective des élections législatives à venir.

Au moment de clore son raisonnement, la présidente de la Cour juge que la disposition litigieuse « frappe de plein fouet <sup>92</sup> » ces deux caractéristiques essentielles d'Israël en tant qu'État démocratique. En résultent une concentration considérable de pouvoir entre les mains des ministres ainsi qu'une grave menace pour les individus. Ainsi conclut-elle que cette disposition méconnaît les limites matérielles à la compétence constituante de la Knesset et que la seule sanction appropriée consiste à la déclarer invalide dans son ensemble.

23. Quoique la Cour ne se soit pas prononcée sur l'insertion de la disposition litigieuse dans le projet de réforme plus large, qui soulèverait d'autres difficultés, on ne saurait exclure qu'il se soit agi là de la considération ayant présidé, avant toute autre, à ce choix de la Cour : l'envie de lutter contre la réforme entière, dont la loi litigieuse ne constitue que le premier chapitre, au risque d'accompagner une transition de l'État vers l'illibéralisme. Beaucoup ont perçu la Cour comme le dernier rempart contre cette dernière. Par cette décision, elle choisit de raviver cette impression en réagissant promptement – et efficacement – contre ce mouvement. Cela est symptomatique d'une attention croissante de juridictions constitutionnelles au risque d'une dégradation lente, provoquée par le pouvoir exécutif, de la protection des droits et libertés. Identifiée dans plusieurs États – en particulier ceux qu'il est devenu courant de rattacher au concept de « démocratie illibérale », à l'instar de la Hongrie et de la Pologne –, la tendance a reçu diverses qualifications : le « légalisme autocratique », par lequel des responsables politiques élus au terme d'un processus démocratique utilisent leur mandat pour désosser par des truchements juridiques le cadre constitutionnel qu'ils ont hérité <sup>93</sup> ; la « régression démocratique », par laquelle des démocraties évoluent progressivement en direction de l'autocratie, au gré de l'affaiblissement d'institutions démocratiques <sup>94</sup>. En passant, la présidente de la Cour fait de cette tendance l'une des justifications de sa compétence nouvelle : grâce à cette dernière, la Cour pourra ne pas attendre la fin du processus – l'effondrement total du système constitutionnel – pour agir <sup>95</sup>. Il n'est pas indifférent, sous ce rapport, que la Cour suprême se soit fondée, dans une décision rendue trois jours plus tard, le 3 janvier 2024 <sup>96</sup>, sur « l'abus de pouvoir constituant » pour préciser les conditions dans lesquelles peut être prononcée l'incapacité du Premier ministre. La Cour a des armes dont elle entend bel et bien faire usage.

Des observateurs avertis ont noté de longue date que le système constitutionnel israélien avait toujours été marqué par l'originalité des rapports entretenus entre la Cour suprême

(90) *Ibid.*, para. 156.

(91) Cour suprême israélienne, HCJ 8948/22, *Sheinfeld v. The Knesset*, 18 janv. 2023. V., C. Klein, « L'arrêt du 18 janvier 2023 : une leçon de droit de la Cour suprême israélienne », *Blog Juspoliticum*, 24 janv. 2023.

(92) *Ibid.*, para. 176.

(93) V., K. L. Scheppelle, « Autocratic Legalism », *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, n° 2, 2018, p. 545-584.

(94) V., A. Huq, T. Ginsburg, « How to Lose a Constitutional Democracy », *UCLA Law Review*, vol. 78, 2018, p. 78-169.

(95) Cour suprême israélienne, HCJ 5658/23, *Movement for Quality Government v. The Knesset*, préc., opinion E. Hayut, para. 93.

(96) Cour suprême israélienne, HCJ 2466/23, *Movement for Quality Government v. The Knesset*, 3 janv. 2024.

et sa Constitution<sup>97</sup>. Par sa décision *Mouvement pour un gouvernement de qualité en Israël c/ Knesset*, la Cour suprême ne déroge pas à cette tendance : elle s'attache à mettre de l'ordre dans le système constitutionnel israélien – à ancrer, dans un terrain constitutionnel pour le moins mouvant, des fondations aussi solides que possible. Au cœur de l'appréciation de la disposition litigieuse se trouve la méfiance, éprouvée à la Cour, à l'encontre du risque que le gouvernement, avec l'aide de la Knesset, fasse évoluer l'État d'une façon incrémentale,

selon la « tactique du salami ». Ce n'est pas le moindre des paradoxes, en définitive, que la Cour ait adopté une méthode équivalente en bâtissant, une décision après l'autre – comme c'est habituellement le cas en matière jurisprudentielle, où les évolutions douces sont privilégiées –, le cadre théorique lui permettant aujourd'hui de mener ce contrôle nouveau. Utiliser les armes de son adversaire : voilà bien un moyen astucieux, dans les institutions comme à la guerre, pour mener une contre-attaque réussie.

---

(97) V., C. Klein, *Le système politique d'Israël*, PUF, coll. « Thémis », 1983, p. 34-73 ; *id.*, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1996.