



Strasbourg, le 8 mars 2006

CDL-JU(2006)006

CCS 2005/08

Fr. seul

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

en coopération avec la
Cour constitutionnelle de la République d'Arménie
Association internationale de droit constitutionnel
Conférence des organes du contrôle constitutionnel des pays de la jeune
démocratie
Centre de droit constitutionnel de la République d'Arménie

CONFERENCE CONSACRÉE A LA
X-ème ANNIVERSAIRE DE L'ADOPTION DE LA
CONSTITUTION DE LA RÉPUBLIQUE D'ARMÉNIE
ET L'INSTAURATION DE LA COUR
CONSTITUTIONNELLE

«LES PRINCIPES DU DROIT ET LES RÉALITÉS POLITIQUES
DANS L'EXERCICE DU CONTRÔLE CONSTITUTIONNEL»

Erevan, Arménie, 29 septembre – 2 octobre 2005

RAPPORT

LA COUR SUPREME D'ISRAËL DANS LE MAELSTRÖM POLITIQUE

par M. Claude KLEIN
Professeur, Université hébraïque de Jérusalem
Doyen du Collège de droit de Ramat-Gan

Depuis une vingtaine d'années, la Cour suprême d'Israël a pris un tournant résolument activiste. Cela signifie que la Cour a considérablement étendu le champ de son intervention dans le domaine spécifique du contrôle juridictionnel de l'activité administrative. Par ailleurs, la Cour est allée jusqu'à soumettre à son contrôle certaines activités intérieures de la Knesset elle-même, au-delà, bien entendu, de l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois, instauré définitivement, de manière très controversée, en 1995.

De fait, on peut dater de manière précise la naissance de la nouvelle ère de l'activisme de la Cour dans ses rapports avec l'Administration et de manière plus générale avec les autorités que l'on peut qualifier de « politiques ». Symboliquement l'acte de naissance de l'activisme judiciaire porte la date du 12 juin 1988, jour où fut rendue la décision connue sous le nom de *Ressler c. Ministre de la Défense*. Dans cette affaire, il s'agissait de juger de la légalité de la décision du Ministre de la Défense dans la matière controversée des exemptions du service militaire, accordées aux étudiants des Yechivot (établissements d'enseignement religieux supérieur). Sur le plan juridique, la question posée était celle du pouvoir du Ministre : si la loi lui accordait le pouvoir d'accorder des dispenses individuelles, pouvait-il accorder ces dispenses « en gros », c'est à dire non pas à des individus, mais, de fait, à un groupe entier. Cette question avait été posée à de nombreuses reprises, à partir de la fin des années 60 : à chaque fois, la Cour avait refusé d'intervenir. A cette époque, la Cour soutenait qu'il s'agissait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, pour lequel il lui était interdit ou impossible d'intervenir. Les choses devaient évoluer rapidement. D'une part, l'octroi de dispenses du service militaire, accordée à un nombre sans cesse grandissant de jeunes gens, transformait complètement le sens du pouvoir ainsi exercé. Les requérants (qui demandaient l'annulation des dispenses) soutenaient que seul le législateur pouvait accorder des dispenses sur une base aussi étendue, du fait notamment de la rupture du principe d'égalité. D'autre part, la Cour modifiait son attitude traditionnelle quant à la « justiciability » de la question posée. Pour elle, selon l'expression du juge Barak, qui marque ainsi la naissance de la nouvelle politique jurisprudentielle, aucune question, ne serait, par sa nature même, insusceptible de contrôle juridictionnel. Il n'y aurait pas de question qui du fait de son essence (en général politique) échapperait au contrôle du juge. L'ancienne doctrine était morte. De fait, la Cour allait rapidement déployer son activisme dans bien des domaines. Nous avons choisi de montrer comment la Cour suprême d'Israël a eu à faire face à l'une des grandes crises politiques du pays, à savoir celle liée au retrait de la bande de Gaza et du Nord de la Samarie, ainsi qu'à la question de la construction d'un mur entre Israël et la Cisjordanie. Bien d'autres domaines auraient pu être envisagés, mais il reste que ceux-ci sont sans doute les plus marqués et les plus sensibles politiquement. Le cas israélien est certainement un cas extrême qui mérite une grande attention, du fait des potentialités qu'il présente. Il témoigne du rôle que peuvent jouer les Cours dans certaines crises, en particulier lorsque la classe politique et les institutions ne sont pas toujours en mesure de gérer les situations auxquelles elles sont exposées.

Pour comprendre l'importance de cette jurisprudence et son imbrication dans le contexte politique local, il faut rappeler très brièvement quelques données de base, les unes factuelles et politiques, les autres relevant davantage de l'univers conceptuel juridique dans lequel se déploie le contrôle exercé par la Cour. On pourra ensuite présenter quelques unes des affaires jugées dans la Cour.

On sait que la guerre de 1967, communément désignée aussi comme « guerre des 6 jours » a entraîné l'occupation par Israël de divers territoires : le plateau Golan (territoire syrien) ; la presqu'île du Sinaï (territoire égyptien), la bande de Gaza, partie de la Palestine historique qui avait été placée sous occupation militaire égyptienne depuis la fin de la guerre de 1948 (connue en Israël sous le nom de guerre d'Indépendance) ; la Cisjordanie, qui elle aussi avait partie de la Palestine historique et qui, en 1950, avait été annexée par le royaume de Jordanie (anciennement « Transjordanie) et, enfin, la ville orientale de Jérusalem, elle aussi annexée par la Jordanie. La grande question est évidemment celle du statut juridique de ces territoires, en droit interne israélien, mais aussi en droit international. Plus encore, la question la plus importante est celle de savoir quelle est l'autorité israélienne compétente pour, en droit interne israélien, qualifier ce statut d'une manière qui s'impose à toutes les autorités. De plus, se pose aussi la question de savoir quelle pourrait être l'influence d'une détermination de ce statut par des autorités extérieures à Israël, sur l'ordre juridique interne.

La position officielle du gouvernement israélien, exprimée par le ministère des affaires étrangères a toujours été extrêmement vague. Si pour le Sinaï et le Golan la position ne pouvait être que celle de « territoires occupés » (au sens du droit international, il en allait tout autrement pour ce qui est de la Cisjordanie et de la bande de Gaza, ainsi que de la ville orientale de Jérusalem. Au demeurant, si Israël avait fini par se retirer de la presqu'île du Sinaï après la signature d'un traité de paix en bonne et due forme avec l'Égypte (en 1982), le premier ministre Menahem Begin avait fait voter une loi d'annexion du plateau du Golan, en décembre 1981 (de fait, ces lois d'annexion, comme ce fut le cas pour Jérusalem-Est, prennent toujours techniquement la forme suivante : elles emportent une « extension de la juridiction de l'État d'Israël et de sa législation » sur un territoire défini). Si ces extensions ont fait l'objet de critiques de la société internationale, tant au niveau politique qu'au niveau juridique, elles n'ont jamais été « testé » devant la Cour suprême. On peut gager qu'en cela la Cour continuerait de s'en référer au principe de la question politique : ici, la situation serait très probablement celle de la théorie de « l'acte de gouvernement » en droit français ou encore de « l'Act of State » en droit anglais.

La situation de la Cisjordanie (et avant le retrait opéré en août 2005 dans le territoire de Gaza) était bien différente. Elle l'était d'abord parce que ces deux territoires, partie de l'ancienne Palestine mandataire, se trouvaient dans une situation juridique que l'on peut qualifier de « peu claire », ainsi que nous l'avons déjà indiqué. Elle l'était aussi, du fait des revendications israéliennes, formulées de manière très insistante après l'arrivée au pouvoir de la droite, en 1977 : cependant, ce même gouvernement, dirigé par Menahem Begin puis par son successeur I. Shamir s'abstint d'étendre la juridiction israélienne sur ces terrains. En même temps, ces gouvernements de droite, accélèrent la colonisation de la Cisjordanie. La population juive y passa rapidement de quelques dizaines de milliers avant 1977 à plus de cent vingt mille au milieu des années 80, pour atteindre aujourd'hui plus de deux cent mille (ces chiffres ne comprennent pas la population juive de la ville orientale de Jérusalem annexée). La population du Golan comprend environ 12 000 personnes, celle de la bande de Gaza comptait, quant à elle, avant le retrait récent environ 8000 colons). Pendant très longtemps le gouvernement s'était abstenu de prendre une position claire sur les différents territoires, tout en parlant certes d'« occupation militaire », mais, en même temps, le gouvernement soutenait et – officiellement – soutient toujours qu'il s'abstient de se prononcer sur l'applicabilité de la 4^{ème} Convention de Genève, relative à la protection des civils en cas de conflit, tout en soutenant que le gouvernement israélien appliquerait les dispositions purement humanitaires de la convention, en quelque sorte « *ex gratia* ». On le voit, de tels raisonnements ressortaient davantage à une manière de jonglerie juridico-formelle. Ceux-ci

ne cessaient d'ailleurs de s'affaiblir au fur et à mesure de la prolongation de la situation d'occupation militaire, laquelle s'accompagnait d'une part, d'une colonisation accentuée et d'autre part, d'une répression de plus en plus ferme. La colonisation entraîne des expropriations, aussi bien que des mesures vexatoires et jugées infamantes par les Palestiniens. Parmi celles-ci se posait le problème de la légalité de ces mesures au regard du droit international aussi bien que du droit interne (parmi ces mesures : les expropriations en vue de construire des colonies ou plus tard, en vue de construire le mur, les expulsions, les destructions de maisons etc....) De ce fait, un terrorisme aveugle et inacceptable sous quelque prétexte que ce soit, ne faisait que renforcer une situation dont le caractère tragique n'était plus à démontrer. A travers les vicissitudes politiques du pays, les tentatives de parvenir à un accord (d'Oslo à Camp David), il devenait de plus en plus urgent de préciser la nature juridique des territoires ainsi que de prendre position clairement sur l'applicabilité de la Convention de Genève précitée. La Cour suprême eut ainsi graduellement l'occasion d'intervenir dans ce domaine. On va essayer de faire part de cette évolution dont il est clair qu'elle n'est pas encore terminée.

L'examen de la jurisprudence proposé ici ne saurait évidemment couvrir l'ensemble de la période depuis 1967. Nous nous contenterons d'examiner les trois dernières années, sous le gouvernement d'Ariel Sharon, plus particulièrement à partir du moment où celui-ci prit, d'une part la décision de construire le mur et, d'autre part, celle de procéder au désengagement dans la bande de Gaza, alors que celui-ci ne fait que présager de décisions ultérieures, ayant trait au désengagement de zones situées en Cisjordanie et de procéder à des démantèlement de colonies israéliennes.

Nous avons choisi de présenter trois décisions de la Cour suprême ayant trait à ces différentes matières. Elles sont toutes trois d'une très grande importance autant politique que constitutionnelle.

La première de ces décisions a été rendue le 26 octobre 2004. De fait, la requête avait été introduite en juin de cette même année. La Cour avait annoncé très rapidement qu'elle rejetait la requête au fond, mais qu'elle ne publierait les attendus que plus tard. Il s'agit là d'une technique habituelle, que l'on peut comprendre à la lumière de la surcharge de travail de la Cour, mais aussi à la lumière du fait que les « grands » arrêts de la Cour sont souvent des arrêts très longs. Il n'est pas rare de se trouver face à des décisions de plusieurs centaines de pages, comprenant des opinions minoritaires ou concurrentes. Dans l'affaire considérée ici *Fuks c. Ariel Sharon*, une formation de 7 juges a rendu une décision unanime de 32 pages (donc relativement courte). Les faits de l'affaire étaient simples : le 4 juin 2004, le Premier Ministre, usant d'un pouvoir défini à l'article 22 de la loi fondamentale sur le gouvernement, avait démis de leurs fonctions deux ministres, membres du parti le plus intransigeant de sa coalition. Cette révocation avait pour but d'empêcher les deux ministres de participer à la réunion du gouvernement prévue pour le 6 juin, au cours de laquelle le gouvernement était appelé à se prononcer sur le programme de retrait de la bande de Gaza. Or, la présence de ces deux ministres, décidés à voter contre le projet, « était de nature à compromettre l'adoption du plan de retrait (cela, du fait qu'une partie des collègues de M. Sharon, membres de son propre parti, allaient eux aussi voter contre le projet). De fait, les choses se passèrent bien ainsi et le projet fut voté à une courte majorité. Les deux ministres démis de leurs fonctions contestaient la légalité de leur renvoi : celui-ci aurait été dicté par la volonté de faire voter le projet à tout prix. Il s'agirait d'un véritable détournement de pouvoir ou de procédure. De fait, la Cour rejeta le recours au fond, mais plusieurs juges émirent des doutes sérieux sur la qualité démocratique d'un tel processus de décision. Il leur apparaissait que le fait de renvoyer des

membres du gouvernement **avant** sa réunion pouvait être interprété comme une véritable manipulation du processus démocratique. L'un des juges devait même souligner que ces deux ministres avaient annoncé qu'ils voteraient contre le projet, restant fidèles en cela à leur propre idéologie, alors que c'était le premier ministre qui opérait ici un véritable revirement politique. La Cour préféra plutôt, dans sa majorité, se placer sur le terrain de la possibilité de l'exercice d'un contrôle juridictionnel sur ce type de décision. Celui-ci n'est pas formellement exclu par la Cour, mais celle-ci applique ici le principe de « reasonableness » qui existe par ailleurs en droit administratif. Certes, la décision peut apparaître comme fondée sur un « self-restraint », de fait, il nous apparaît, au contraire, qu'elle marque une avancée du contrôle dans un domaine hautement politique.

La deuxième affaire est beaucoup plus importante. Il s'agit de la célèbre affaire du mur (ou de la clôture) érigée entre Israël et la Cisjordanie. Rappelons qu'il s'agit, là aussi, d'une affaire de haute politique. La décision de la Cour dans cette matière fut rendue le 30 juin 2004 sous le nom de Conseil municipal du village de Beth Surik c. le Gouvernement d'Israël et le Commandant de l'Armée d'Israël en Cisjordanie. Paradoxalement, pour une affaire de cette importance, elle ne fut rendue (à l'unanimité) que par une formation de trois juges. Mais l'importance de cette décision provient aussi de sa proximité de l'Avis de la Cour Internationale de Justice de la Haye, rendu le 9 juillet 2004 (il est évident que la Cour de Jérusalem avait accéléré sa propre décision, lorsque fut annoncée, mi-juin, la date à laquelle l'Avis de CIJ serait publié). La question juridique est, au départ fort simple : l'État d'Israël peut-il, comme autorité occupante, ériger un mur de séparation entre la Cisjordanie et Israël, alors que la totalité du mur est établie en Cisjordanie, parfois même sur une profondeur de plusieurs dizaines de kilomètres (parfois aussi le long de l'ancienne ligne d'armistice). Il est acquis que ce mur, destiné à protéger Israël d'incursions terroristes entraînera par ailleurs de graves troubles à la population palestinienne.

La décision de la Cour peut être présentée de la manière suivante:

- le « titre » israélien en Cisjordanie est bien celui d'une autorité d'occupation;
- les autorités militaires ne peuvent prendre de décisions préjugant du sort futur du territoire, c'est pourquoi, la Cour commence par affirmer qu'elle est convaincue que la motivation des autorités militaires n'est pas politique (c'est à dire une volonté d'annexion);
- l'autorité militaire est, selon la Cour de Jérusalem, en droit de protéger les citoyens de l'État d'Israël, en procédant par ex. à des réquisitions de terres et en instaurant des régimes de circulation ; (selon la Cour cette possibilité découlerait autant du droit interne que du droit international de l'occupation); **mais**,
- ces mesures doivent être « raisonnables » et il faut qu'il existe un équilibre entre le bénéfice retiré par Israël et les troubles occasionnés aux Palestiniens. Pour la Cour, cet équilibre aurait été rompu et de ce fait elle déclare illégal le tracé du mur sur plusieurs dizaines de kilomètres. Elle ordonne de ce fait à l'armée de présenter un nouveau tracé.

Certes, cette décision tranche avec l'Avis de la CIJ : pour celle-ci c'est l'ensemble de la décision d'ériger le mur qui serait illégale. Elle ne saurait trouver aucune justification dans la volonté de se défendre contre des incursions quelles qu'elles soient.

La décision de la Cour de Jérusalem a été ressentie par une incursion dans le domaine de sécurité ainsi que dans un domaine de haute politique. Elle a cependant été acceptée et appliquée. Dans une certaine mesure, il est possible d'avancer que la Cour est devenue l'un

des acteurs de la vie politique d'Israël : non point que la Cour soit l'un des éléments dans le processus de prise de décision, mais sa position sur l'échiquier de la vie publique lui donne un véritable pouvoir de veto sur ce processus. La Cour a ainsi appris à manœuvrer dans ce tourbillon extrême qu'est la politique israélienne.

La troisième décision à examiner est celle du 9 juin 2005, dans l'affaire Conseil régional de la région côtière de Gaza c. la Knesset et le Gouvernement d'Israël. Il s'agit d'une décision rendue par une formation de 11 juges. Elle s'étend sur près de trois cents pages : à la majorité de 10 juges contre un seul (le juge Edmond Lévi), la Cour a rejeté le recours contre la loi sur le désengagement et les indemnités proposées aux colons de la bande de Gaza. Cette décision se situe elle aussi, au cœur du débat politique. Nous pouvons essayer de la résumer rapidement.

La décision des 10 juges de la majorité est présentée de manière collective, ce qui lui donne une force singulière qui isole d'autant plus le juge E. Lévi qui exprime une opinion minoritaire. La décision des 10 juges passe en revue l'ensemble de la matière : elle reprend l'historique de la situation depuis 1967. Elle reprend fortement la thèse de l'occupation militaire, ainsi que celle de la colonisation. Elle analyse ensuite la loi qui fait l'objet de la requête. Elle rejette toutes les objections quant à la légitimité de la loi pour ne s'attarder que sur le contenu de la loi, plus particulièrement quant aux échelles de compensation offertes aux colons. Tout en rejetant la requête au fond, les juges de la majorité retiennent quelques arguments concernant précisément les éléments de calcul des compensations et annulent quelques unes des dispositions de la loi.

Le juge Lévi présente une opinion (minoritaire) très marquée idéologiquement. Elle rejette, en partie, la possibilité pour un Etat juif de renoncer à des territoires qui font partie de l'ancienne Palestine historique. De plus, elle conteste la possibilité pour un parti politique d'effectuer un revirement de la nature envisagée ici. On rappelle que la position du Likoud et d'Ariel Sharon a toujours été hostile à toute rétrocession de territoire : au cours de la campagne précédant les élections de 2001 il avait même clairement parlé des colonies de la bande de Gaza. A tout le moins, selon le juge Lévi, il aurait fallu procéder à de nouvelles élections ou à un référendum. L'ensemble de cette loi lui apparaît comme dépourvue de légitimité. A l'évidence, chez ce juge, transparaît une idéologie nationale et religieuse très forte : l'ensemble de la matière n'est-il pas chargé d'une telle idéologie ?

La Cour suprême a réussi, à grand peine, à naviguer en quelque sorte entre les différents écueils qui se trouvaient sur sa route. Elle n'a pas hésité à prendre position lorsqu'il le fallait, en essayant de ne pas provoquer d'affrontement trop brutal avec le gouvernement et, plus encore, avec la Knesset. Cela n'a pas empêché que la Cour suprême soit accusée de gauchisme et, en tous cas, de ne pas être en accord avec la majorité dans le pays. Il faut rappeler aussi que la Cour est dominée depuis plus de vingt ans par son actuel président, le juge Aharon Barak, juriste hors pair et très respecté, mais aussi contesté. Déjà la bataille pour la nomination de nouveaux juges a commencé. Les juges doivent prendre leur retraite à 70 ans. Ce sera le cas pour Aharon Barak dans un an. Une grande bataille s'est engagée, de fait, pour assurer le remplacement de 3 des 14 juges de la Cour. Faute d'accord, le président de la commission de nomination, le Ministre de la Justice, refuse pour l'heure de réunir la commission. Il s'agit là de l'un des contrecoups de l'activisme judiciaire dont la Cour a fait preuve au cours des dernières années. Une crise pourrait s'ouvrir sur cet arrière plan.